Jur. Dag.

Gesteedsig

53m

Alte und neue

Irrthümer

der

Rechtsgelehrten.

Eine Reihe von Abhandlungen

und

Monographien

von

Dr. F. C. Gesterding.

Greifswald,
bey Ernst Mauritius.
1818.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Inhalt.

I. Von Schlüssen, die aus der Bezahlung von Zinsen abgeleitet werden. S. 1.

II. Ueber die Art, wie man zum Besitz gelangt, besonders bey der Tradition. — 21.

III. Von dem Recht des betrogenen Verkäufers, die überlieferte Waare als sein Eigenthum in Ansprache zu nehmen. — 55.
Dabey eine kleine Zugabe über ein Beyspiel von Betrug, was bey Cicero vorkömmt. — 79.

IV. Ueber die Contracte, die wir mit den Handwerkern schließen; imgleichen über die Contracte mit dem Schiffer. — 81

V. 1. Proceß der Litiscontestation gegen die Ladung oder Erörterung der Frage: Wannehe nimmt der Proceß seinen Anfang? Dabey auch 2. vom Ende des Processes und den verschiedenen Arten, wie der Proceß beendigt wird; ingleichen 3. eine neue Theorie von Proceßhindernden Einreden. — 123.

VI. Beyträge zu der Lehre vom Mandat.

1. Vom qualificirten Mandat. — 185.

2. Vom Unterschiede zwischen Rath und Auftrag und von den Fällen, in welchen der Rathgeber verantwortlich ist. — 197.

3. Vom Erlöschen des Mandats durch Tod und Wiederruf. S. 203.
VII. Von Connossementen und der Uebergabe, die durch sie geschehen soll. — 221.
VIII. Betrachtungen über einige Stellen des Codex, oder: Von Contracten, die auf eines andern Namen geschrieben werden. — 235.
IX. Beyträge zu der Lehre von der Societät.
1. Versuch den Begriff der Societät aufs Reine zu bringen. — 253.
2. Erörterung der Frage, ob bey der societas quaestuaria das Eigenthum zusammengebrachter Sachen von den Sociis einander mitgetheilt werde; imgleichen vom zufälligen Untergange solcher Sachen. — 253.
X. Das System des Römischen Rechts von den Pertinenzien. — 301.
XI. Promissio facti alieni. — 391.
XII. Kleinere Aufsätze, meistens aus dem Proceß. — 431.
1. Von der Pflicht, bey entstandener Gefahr fremde Sachen vor den eignen zu retten. — 433.
2. Cessio in potentiorem. — 436.
3. Vom Klagegrunde. — 440.
4. Vom Gerichtsstande der geführten Verwaltung. — 442.
5. Ueber Prävention. — 350.
6. Beyträge zu der Lehre von der Legitimation. — 457.
α) Passivlegitimation. — —
β) Doppelte und dreyfache Legitimation. — 461.
7. Von den rechtlichen Folgen eines widerrechtlichen Arrestes. — 463.
XIII. Goldene Sprüche, besonders aus den Pandecten. — 456.

An die deutschen Rechtsgelehrten.

Zueignungs- und Schutzschrift des Verfassers.

Was ich hier darbringe und Euch allen hiemit geweiht seyn soll, ist eine Sammlung von Abhandlungen, wodurch theils ganze Rechtslehren, theils einzelne Rechtsfragen erörtert werden, die Ausbeute meiner Nachforschungen über Materien, die mir besonders wichtig und einer genauen Prüfung würdig geschienen.

Ich habe dies Werk: Irrthümer der Rechtsgelehrten genannt. Denn da ich nach Wahrheit suchte, stieß ich überall auf Irrthümer.

*

Ja — und es ist leider! mehr als zu wahr — ungeachtet der langen Zeit, während welcher schon an dem Gebäude unserer Wissenschaft gebaut und gebessert worden, welche Seite man auch berühren mag, überall Mängel und Unvollkommenheiten. Es gibt immer noch gar zu viele Sätze, die man auf guten Glauben annimmt, die aber die Prüfung nicht aushalten, oder, um bey dem Bilde zu bleiben, Theile und Stellen des Gebäudes gibt es in Menge, die, wenn man sie näher untersucht, keine Haltung haben, den Einsturz drohen, zusammenfallen. Die Schuld davon scheint theils an dem schwer zu bearbeitenden Stoff, theils — an den Bauleuten zu liegen, welche, gestehen wir es nur, oftmals bey Nebendingen zu lange verweilen, die Hauptsache über Dinge vernachlässigen, die einen untergeordneten Werth nur haben, die Zeit auf Erfindung neuer Anordnungen verwenden, statt die Materialien zu bearbeiten, und, statt vorwärts zu gehen, bisweilen wohl gar zurückschreiten.

Ihr Rechtsgelehrten meines Vaterlandes! zürnt nicht auf mich. Tadelt mich nicht, daß ich öffentlich vor aller Welt zu sagen wagte, daß Ihr — Euch i r r e n konntet. Nennt mich nicht vermessen, weil der Vorwurf, daß Ihr geirrt habt, zugleich die Mei-

nung ausspricht, ich habe dies erkannt, die Wahrheit und folglich besser, als Ihr gesehen. Glaubt doch ein jeder, daß seine Meinung die richtige sey, sonst würde, sonst dürfte er sie nicht äußern, ja es würde nicht einmal seine Meinung zu nennen seyn. Seht überhaupt hier nur eine andere oder ungewöhnliche Form, meine Meinungen ins Publicum zu bringen. Neu kann ich sie nicht nennen, da ich des Anton Faber Beyspiel vor mir habe, welcher, wenn auch nicht von den Irrthümern der Rechtsgelehrten überhaupt, doch *de erroribus pragmaticorum* schrieb, indem er doch wohl jene dabey im Sinne hatte. Diesem meinen Vorgänger, wenn ich ihn so nennen darf, begegnete oftmals, indem er die Irrthümer anderer enthüllen und berichtigen wollte, daß er sich selbst irrte, ja daß er allein der eigentlich Irrende war. Geschah dies ihm, wie wird es mir ergehen? Und indem ich dies erkenne, behalte ich mir vor, in dieser Sammlung auch von meinen eigenen Irrthümern zu handeln, die ich schon begangen habe oder noch begehen werde, und will mir dazu einen Platz offen lassen.

Bedenkt hingegen. Was ich schrieb, schrieb ich um Euretwillen. Um Euretwillen habe ich nicht

Mühe, noch Arbeit gespart, Materien zu erforschen, die so für den Theoretiker, als Practiker von besonderer Wichtigkeit sind. Ja, solche Materien habe ich ausgelesen, von denen ich glauben durfte, ein jeder müßte wünschen, sie aufs Reine gebracht zu sehen, und obwohl durch die Schriften, wie sie gewöhnlich sind, zur Ungenügsamkeit eben nicht verwöhnt, habe ich doch an meinem Theil mein Buch so auszustatten gesucht, daß ich mir schmeichle, jeder werde seine Rechnung hier finden. Also, ohne auf mich ungehalten zu seyn, was Gutes hier Euch geboten wird, dessen bedient Euch! Wenigstens das Letztere, wenn es Euch so gefällt; denn das Erstere muß ich mir, wenn es denn nicht anders seyn kann, — gefallen lassen. Ich weiß, daß ein Schriftsteller auf Wahn und Undank gefaßt und über Beydes erhaben seyn muß. Oder soll ich diesen Satz noch weiter ausdehnen? —

Hegt auch nicht zu hohe Erwartungen; — sie möchte ich nicht erregen, da sie bekanntlich schwer zu befriedigen sind. Glaubt also nicht, hier warte ein opus omnibus numeris absolutum, etwas ganz Vollkommnes auf Euch. Hegt vielmehr nur ganz gewöhnliche Erwartungen; dann darf ich hoffen, Ihr werdet nicht getäuscht, sie viel-

leicht, dies wünsche ich wenigstens, noch übertroffen werden.

Diesem ersten Theil sollen vielleicht mehrere folgen. Denn ich habe noch manches auf dem Herzen, wovon ich es erleichtern möchte, und ich wünschte wohl, daß es schon geschehen wäre. Auch kann es, bey weitern Nachforschungen, selbst an solchem Stoff nicht fehlen, zu dem der Titel paßt. Errorum, könnte man sagen, *errorum* omnia plena. Dabey werdet Ihr es jetzt und künftig nicht allzu genau nehmen, eingedenk des Spruchs: A potiori fit denominatio.

Ich habe, nach meiner Gewohnheit, nicht nur alle erheblichen Gesetzstellen dem Buch einverleibt, damit der Leser der unangenehmen Mühe überhoben sey, sie von vielen Orten her zusammenzusuchen, was ohnehin noch keine Uebersicht gewährt, worauf oft so viel ankömmt, sondern diesmal auch mehrere Stellen aus Schriftstellern aufgenommen, was für viele Leser, denen die Schriften nicht zur Hand sind, nothwendig ist. Ich selbst liebe es, alles hübsch beysammen zu haben — und behandle als Schriftsteller den Leser so, wie ich selbst als Leser vom Schriftsteller gern behandelt seyn möchte.

Jeder Abhandlung habe ich die Geburtszeit vorgesetzt, und es war Anfangs meine Absicht, die einzelnen Abhandlungen chronologisch zu ordnen. Da aber die Messe in diesem Jahr den Schriftsteller sehr übereilte, mußte ich sie nur so, wie ich sie aus den Händen der verschiedenen Schreiber zurück erhielt, unter die Presse senden, und es ward dadurch jene Ordnung verrückt.

Die Verschiedenheit der Schreiber mag Ungleichheit der Orthographie, die sich etwa finden möchte, u. s. w. entschuldigen.

Greifswald, im Anfange des Monats April, 1818.

I.

Von

Schlüssen,

die aus der Bezahlung von Zinsen abgeleitet werden.

Im April 1817.

Manche Fragen, welche Folgerungen betreffen, die aus der Bezahlung oder Nichtbezahlung von Zinsen abgeleitet werden, bedürfen einer nähern Untersuchung. Wagen wir den Versuch, den Nebel zu zerstreuen, der über sie verbreitet worden.

Leyser [1]) behauptet: Wer 10 Jahre lang Zinsen bezahlt habe, sey schuldig, das Capital zu entrichten. Er sagt ganz bestimmt: Diuturna usurarum solutio obligationem ad sortem non constituit, facta tamen *per decennium* ad sortem obligat. Aus dem von ihm angeführten Grunde: Es sey nicht glaublich, daß Jemand eine so lange Zeit hindurch Zinsen bezahlt haben werde, wenn er nicht gewiß gewußt habe, daß er ein Capital schuldig sey, — sollte man sonst schließen, er wolle nur eine Rechtsvermuthung vertheidigen. Wirklich verstand Hellfeld ihn so. Denn dieser, welcher lehrt [2]), aus der eine lange Zeit hindurch geschehenen Bezahlung von Zinsen entspringe

1) Spec. 243. med. 7. et 8.

2) Jurispr. for. §. 1132.

eine Rechtsvermuthung für die Existenz einer Hauptschuld, bis bewiesen worden, daß die Bezahlung der Zinsen aus Irrthum geschehen sey, führt jenen als Gewährsmann auf. Beyde beziehen sich zum Beweise ihrer Behauptung auf L. 6. pr. D. de usuris, weichen aber darin von einander ab, daß Hellfeld einen langen Zeitraum von unbestimmter Dauer, Leyser hingegen einen Zeitraum von 10 Jahren, während dessen Zinsen bezahlt worden, erfordern *).

Wiederum andre lassen aus der mehrere Jahre hindurch geschehenen Bezahlung von Zinsen auch nur eine Rechtsvermuthung entstehen, doch nicht sowohl für die Existenz der Hauptverbindlichkeit, als vielmehr für die Existenz der Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen, oder für beyde zugleich — bis bewiesen worden, daß die Zahlung aus Irrthum geschehen sey 3). Auch diese berufen sich auf die angeführte Stelle der Pandecten.

Diese Meynung war es, welche, gestützt auf die angeführte Stelle, schon die Glossographen

---

*) Usurarum *diuturna* solutio praesumtionem pro existentia debiti principalis facit, ita ut in posterum quoque, donec error doceatur, solvendae sint — sagt Hellfeld a. a. O.

3) *Averan.* Interpret. lib. 5. cap. 5. no. 8. *Malblanc* Princ. §. 263. nota t. *Gilken* de usucap. p. 2. membr. 1. cap. 4. *Günther* Princ. jur. Rom. §. 185.

hegten; oder, um es noch genauer zu sagen, sie hielten dafür, aus der langwierigen Bezahlung der Zinsen entspringe eine Vermuthung, daß einst eine Verbindlichkeit zu Capital und Zinsen constituirt worden. Die langwierige Bezahlung der Zinsen begründet nach ihnen praesumtionem justi tituli et quidem tituli allegati. Eine unzählige Menge von alten Schriftstellern vertheidigt diese Meynung [4]).

Gerhard Noodt [5]) wird gleichfalls als Vertheidiger dieser Meynung aufgeführt; indessen behauptet er eigentlich nicht die Existenz einer Rechtsvermuthung, sondern erklärt nur die hieher gehörige Gesetzstelle von einem Fall, wo aus der Bezahlung von Zinsen zu schließen war, daß eine Verbindlichkeit zu Capital und Zinsen anerkannt worden.

Bisher waren wir Referenten; nun wollen wir Critiker seyn.

Was Leyser lehrt, ist von der Wahrheit am weitesten entfernt.

Der bloße Umstand, daß Jemand zahlt, was er nicht schuldig ist, begründet keine Verbindlichkeit, als nur für den Empfänger, das

---

4) Eilken (de usucap. p. 2. membr. 1. cap. 4.) führt sehr viele derselben an.

5) Probabil. de foenore et usuris, lib. 3. cap. 1. in opp. p. 204 sq.

Indebitum zurückzuzahlen, wenn die Zahlung aus Irrthum geschahe 6).

So wenig als in der Bezahlung von Zinsen, die man nicht schuldig war, der Grund der Verbindlichkeit enthalten seyn kann, ein Capital zu bezahlen, eben so wenig entspringt aus der Bezahlung von Zinsen eine Rechtsvermuthung für die Existenz einer Hauptschuld, weil, wie wir sehen werden, es an einem Gesetz fehlt, was eine solche Vermuthung sanctionirt hätte.

Eher könnte man sagen, es sey aus der Bezahlung von Zinsen ein (außergerichtliches) Geständniß abzuleiten, daß eine Hauptschuld existire, weil Zinsen eine Hauptschuld voraussetzen; doch würde ein solches Geständniß nicht aus der Zahlung an sich, sondern aus demjenigen, was neben=her erklärt worden, herzuleiten seyn, in den meisten Fällen aber es der Erklärung an der causa debendi, Quantum, Zeit u. s. w. fehlen, wenigstens würde es quaestio facti seyn, wieweit bey der

---

6) Selbst wer für ein Capital, was er wirklich schuldig war, Zinsen bezahlte, die er nicht schuldig war, kann sie unter jener Voraussetzung zurückfordern, L. 18. C. de usuris, wieviel mehr wird derjenige bezahlte Zinsen zurückfordern können, der auch das Capital nicht schuldig war? *L.* 26. §. 2. *D. de cond. ind.* Si quis falso se sortem debere credens usuras solverit, potest condicere, nec videtur sciens indebitum solvisse.

Zahlung des Zahlenden Erklärung sich erstreckt habe.

Um aber zu Leysers Behauptung zurückzukehren und unsre Antwort darauf zu modificiren, so kann unter besondern Umständen in der Bezahlung von Zinsen (und zwar schon in der einmaligen) die Erklärung liegen, daß man ein Capital schuldig seyn und es verzinsen wolle. Hier scheint die Zahlung selbst causa obligationis zu seyn, aber in der That ist sie es nicht, sondern der Wille, der sich dadurch offenbart, der Wille nämlich, geben oder schenken zu wollen. Ein Fall dieser Art kömmt vor, wenn der Vater dem Eidam ein gewisses Quantum als Zinsen für den Brautschatz bezahlt; dadurch giebt er ja zu erkennen, daß er der Tochter einen Dos constituiren und ihn einstweilen verzinsen wolle. Davon handelt die nachfolgende Pandectenstelle:

L. 6. §. 1. D. de usuris.

Imperator quoque noster Severus filiae Flavii Athenagorae, cujus bona fuerunt publicata, de fisco ideo numerari decies centena dotis nomine jussit, quod ea patrem praestitisse dotis usuras allegasset.

Eben dies würde in jedem andern Fall gelten müssen, wo der Empfänger zeigen könnte, wie bey der Bezahlung der Zinsen der Zahlende die Absicht gehabt habe, ein Capital schenken zu wollen, zu welchem Ende er wenigstens zeigen müßte, daß der

Zahlende gewußt habe, wie er nicht verbunden sey, ein Capital zu bezahlen.

Die Stelle der Pandecten, welche den Sitz der rechtlichen Vermuthung enthalten soll, daß einst eine Hauptverbindlichkeit oder daß einst eine Verbindlichkeit contrahirt worden, Zinsen zu bezahlen, lautet folgendermaaßen:

> Quum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur et usurarum quaestio moveretur, Imperator (Antoninus) ideo solvendas usuras judicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praestitisset.

Kaiser Antonin hielte also als Richter dafür, daß, wenn der Schuldner von einem Capital, was er wirklich schuldig war, seit langer Zeit — worunter zu verstehen, was in der Materie von der Verjährung ein tempus longum technisch genannt wird [7]) — Zinsen zu bezahlen gewohnt gewesen, auch der Erbe verbunden sey, in Zukunft mit der Bezahlung der Zinsen fortzufahren. Was die Stelle vom Erben sagt, muß auch vom Schuldner selbst gelten. Daß aus der Bezahlung der Zinsen eine Vermuthung entstehen sollte, der Schuldner habe sich einst verbindlich gemacht, Zinsen zu erlegen, wird in der Stelle so wenig gesagt, als auf irgend eine Weise angedeutet, vielmehr ist

---

7) *Godofredus* ad leg. cit. lit. h. *Leyser* spec. 243. med. 7. et 8.

anzunehmen, daß die langwierige Bezahlung der Zinsen die Verbindlichkeit, auch in Zukunft mit der Bezahlung der Zinsen fortzufahren, selbst begründe. Heißt es doch in der Stelle:

Antoninus *ideo* solvendas usuras judicavit, quod eas ipse pater vel dominus *longo tempore praestitisset.*

Wäre von einer Vermuthung die Rede, so konnte diese nicht den Grund abgeben, den Schuldner zur Bezahlung zu verurtheilen, sondern nur, ihn mit dem Beweise des Gegentheils zu beburden. Von einem solchen Beweise oder von einem Beweise, wie die Zahlung der Zinsen aus Irrthum geschehen sey, wird, wie der Leser sieht, nicht die Spur gefunden.

Anders erklärt die Stelle Gerhard Noodt. Mit Duaren [8]) nimmt er an: in dem von Antonin entschiedenen Rechtsfall habe der Sohn oder Sklave Geld geliehen und sich (durch Stipulation) zur Bezahlung von Zinsen verbindlich gemacht; der Vater oder Herr sey aber deßhalb zur Zahlung verurtheilt, weil er durch die langwierige Bezahlung von Zinsen anerkannt hatte, daß das Geld zu seinem Nutzen verwandt sey. Eben so erklärt die Stelle Voet [9]). Allein wer sieht es nicht, wie gekünstelt, erzwungen, weit hergeholt

---

8) ad tit. de usuris, c. 2.

9) ad tit. Dig. de usuris §. 13.

diese Erklärung sey, wozu in der Stelle selbst nicht die geringste Veranlassung liegt. Es erhellet daraus nicht, daß der Empfänger Zinsen versprochen hatte, auch nicht, daß über die Version gestritten ward. Im Gegentheil erhellet daraus, daß der Streit bloß die Zinsen betraf und daß der Vater oder Herr zur Bezahlung von Zinsen verurtheilt ward, nicht weil er die Version anerkannt, sondern weil er eine lange Zeit hindurch Zinsen bezahlt hatte. Hätte der Sohn oder Sklave Zinsen versprochen gehabt, so würde es, da die Version außer Streit war, keinen Zweifel gelitten haben, daß der Vater oder Herr neben dem Capital dergleichen zu erlegen verbunden war; jetzt war er es nicht [10]): jetzt mußte er erst ex nova causa dazu verbunden werden, und diese fand Antonin in der per longum tempus geschehenen Bezahlung von Zinsen.

Eher könnte man sagen, wenn der Erblasser sich für verbunden hielte, Geld, was in seinen

---

10) *L.* 10. §. 5. *D. de in rem verso.* Sed utrum in sortem duntaxat tenebitur dominus, an et in usuras? Et si quidem promisit usuras, Marcellus lib. 5. Digestorum scribit, dominum praestaturum: sed si non sint promissae, utique non debebuntur, quia in stipulatum deductae non sunt. Plane si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri.

Nutzen verwandt worden, zu verzinsen, und deßhalb lange Zeit gewohnt gewesen, Zinsen zu entrichten, also auch, hätte er länger gelebt, wahrscheinlich damit fortgefahren haben würde, so gezieme es dem Erben nicht, anders zu handeln, und darauf beruhe der Grund der Entscheidung. Allein, wenn doch dem Erblasser keine wirkliche Verbindlichkeit oblag, Zinsen zu entrichten, wie sollte der Erbe, der den Verstorbenen wieder darstellt, verbunden seyn, wozu der Erblasser nicht verbunden war! Dies erkannte auch Anton Faber [11]). Er lehrt: Der Erblasser habe seinen Willen ändern können, der Erbe desgleichen, — setzt aber hinzu, so lange der Letztere seinen Willen, das Capital nicht weiter verzinsen zu wollen, nicht erklärt habe, müsse er Zinsen der vergangenen Zeit, vom Tode des Erblassers an gerechnet, wie der Erblasser bey seinem Leben gewohnt gewesen, entrichten, zumal der Gläubiger, wäre jene Erklärung nicht unterblieben, das Capital vielleicht eingezogen haben würde. Allein dies wäre allenfalls bloß Billigkeit gewesen, und überhaupt können wir diese Erklärung des Anton Faber nicht für die richtige halten. Wollte man sie aber auch für richtig halten, würde sie jener Meynung der Rechtsgelehrten, die hier bestritten wird, nicht zur Seite stehen.

---

11) Conjecturae lib. 7. cap. 9.

und auch nicht existiren könne, ist leicht zu zeigen. Nach dem System des Römischen Rechts können Zinsen nicht durch Pactum nudum versprochen werden, sondern nur durch Stipulation, wenn aus dem Versprechen der Zinsen eine klagbare Verbindlichkeit hervorgehen soll [13]). Werden Zinsen durch Pactum nudum versprochen, so entsteht daraus bloß eine natürliche Verbindlichkeit, welche die gewöhnlichen Wirkungen einer solchen hat [14]). Nur bey Negotiis bonae fidei, z. B. beym Kaufcon-

---

geringern Zinsen an und gab dadurch zu erkennen, daß sie von jener Conventionalstrafe keinen Gebrauch machen wolle, sondern daß es bey der ursprünglichen Vereinbarung bleiben solle. Von einer Extinctiv-Verjährung ist hier nicht die Rede, wie schon die Worte: Utilis est pacti exceptio, ergeben; davon kann nur die Rede seyn bey Zinsen der vergangenen Zeit, die während des zu solcher Verjährung erforderlichen Zeitraums nicht gefordert sind. Zinsen der vergangenen Zeit können nicht gefordert werden, wenigstens nicht im Wege der Klage, wenn das Klagrecht erloschen oder sie erlassen sind. *L.* 17. §. 1. *D. de usuris.* Divus Pius ita rescripsit: Parum juste praeteritas usuras petis, quas omisisse te longi temporis intervallum indicat, qui eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti. Diese Stelle ist nur von der Remission von Zinsen der vergangenen Zeit zu verstehen. *Voet* ad tit. Dig. de usuris §. 14. *Malblanc* Princ. §. 263. nota v.

13) L. 5. §. 2. D. de solut.

14) L. 3. et 4. C. de usuris.

tract, können Zinsen vollgültig versprochen werden, wenn das Versprechen der Zinsen als Pactum adjectum sogleich bey Eingehung des Vertrags geschieht [15]). Bey den Negotiis stricti juris und beym Darlehn bleibt es bey der Regel. Kurz, das System des Römischen Rechts über die Wirkung bloßer Verträge, die keine Contracte sind, findet sich namentlich auch auf das Versprechen von Zinsen angewandt [16]).

Es kann also, wenn Zinsen bezahlt sind, die der Schuldner zu bezahlen nicht nöthig hatte, ein Pactum tacitum oder praesumtum um deßwillen nicht statuirt werden, weil dies doch immer ein Pactum nudum seyn würde, und ex pacto nudo keine Zinsen gefordert werden können. Selbst wenn der Schuldner sich durch Pactum nudum zur Bezahlung von Zinsen verbindlich machte und in Folge dieses Vertrags einmal Zinsen erlegte, wird keine Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen, für die Zukunft hervorgebracht [17]). Ueberhaupt ist es

---

15) L. 24. D. Depositi. L. 5. C. de pactis inter emt. et vend.

16) *Paulus sentent. lib. 2. tit. 14.* Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti. Ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur.

17) *L. 7. C. de usuris.* Creditor instrumentis suis probare debet, quae intendit et usuras se *stipulatum*, si potest; nec enim, si aliquando *ex consensu* praestitae sunt, obligationem constituunt.

Regel, daß, wenn in Folge eines Pacti nudi auch selbst mehrere Jahre hindurch etwas gezahlt ist, dadurch noch immer keine Verbindlichkeit entsteht, in Zukunft mit der Zahlung fortzufahren [18]).

Anders verhält es sich, wenn *per longum tempus* Zinsen bezahlt sind. Hier ist nicht mehr von einem unverbindlichen Pacto nudo die Rede; sondern das Recht, Zinsen zu fordern, entspringt dann aus einem andern Grunde. Das Recht, Zinsen zu fordern oder die Verbindlichkeit, Zinsen zu erlegen, gründet sich dann auf eine Art von Verjährung. Die Verbindlichkeit wird durch den Ablauf der Zeit hervorgebracht; das läßt jene oft angeführte Stelle, die den Stein des Anstoßes ausmacht, weiter aber nichts ersehen, wenn wir bey den Worten stehen bleiben und uns nicht davon entfernen wollen, wozu es keinen hinlänglichen Grund giebt. Wie aber nennt man es, wenn die Zeit Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringt oder tilgt? Wie anders, als Verjährung?

Etwas Aehnliches kömmt bey jährlichen Leistungen andrer Art vor.

---

18) *L.* 28. *C. de pactis.* Si certis annis, quod nudo pacto convenerat, datum fuerit, ad praestandum in posterum indebitum solutum obligare non potuit eum, qui pactum fecit, nisi placitis stipulatio intercesserit.

L. 1. C. de fideicommissis.

Si probaveris Demetrium petiisse de matre, haeredeque sua, ut tibi alimenta menstrua et vestiarium annuum praestaret, eamque secutam voluntatem filii sui *per multum temporis i. e. non minus in tali causa triennio* ea praestitisse, ut in futurum quoque ea praestentur et si quae in praeteritum praestita non sunt, ut exsolvantur, impetrabis.

In dem Fall, wovon hier die Rede iſt, hatte der Sohn ſeiner Mutter, als Erbin, ein zu gewiſſen Zeiten zu entrichtendes Legat aufgelegt; das Legat war ungültig, was zwar nicht ausdrücklich geſagt wird, ſich aber von ſelbſt verſteht, weil ſonſt die Frage gar nicht hätte entſtehen können, ob die Erbin ſchuldig ſey, das Legat zu entrichten, wie auch Gerhard Noodt bemerkt. Obgleich das Legat ungültig hinterlaſſen ward, fand der Imperator doch, daß die Erbin ſchuldig ſey, es zu erlegen, weil ſie es ſchon per multum temporis (nicht per longum tempus) erlegt habe. Gerhard Noodt nimmt an, der Grund der Entſcheidung beruhe darauf, daß die Erbin durch eine wiederholte Zahlung den Willen des Verſtorbenen anerkannt hatte. Es iſt wahr, daß ungültig hinterlaſſene Legate und Fideicommiſſe gültig werden, wenn der Erbe den Willen des Erblaſſers aner-

kennt [19]); allein darin lag doch hier der Grund der Entscheidung offenbar nicht. Denn läge überhaupt in der bloßen Zahlung eine Anerkennung, was, in Folge dieser Stelle, für Fälle dieser Art, verneint werden muß, so würde eine einmal geschehene zu diesem Zwecke hinlänglich gewesen seyn. Es wird aber eine mehrere Jahre hindurch und sogar eine bestimmte Zahl von Jahren, nämlich in Fällen dieser Art, in welchen dem Gläubiger favor alimentorum zu Statten kam, eine Zeit von drey Jahren, nicht weniger, erfordert. Man könnte freilich einwenden, eine einmalige Zahlung hätte in Fällen dieser Art nicht auf Anerkennung schließen lassen, deshalb wären mehrere erfordert. Also räsonnirt Anton Faber [20]). Jenes ist wahr, wir behaupten aber, es verhalte sich bey mehrfachen Zahlungen auch nicht anders. Bey Verbindlichkeiten, die nicht auf einmal erfüllt werden, sondern durch eine Mehrheit zu gewissen Zeiten sich wiederholender Handlungen, folgt daraus, daß Jemand die Handlung einmal vornimmt, noch nicht, daß er die Handlung auch in Zukunft vornehmen, daß er die

---

19) *L.* 16. §. 1. *C. de testam.* Illud etiam adjiciendum est, ut qui ex testamento vel ab intestato heres exstiterit: etsi voluntas defuncti circa legata, seu fideicommissa, seu libertates legibus non sit subnixa, tamen si sua sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat.

20) Conject. lib. 7. cap. 8.

Verbindlichkeit selbst auf sich haben wolle. Und eben so wenig folgt dies daraus, wenn er die Handlung zum zweyten und dritten Male vornimmt. (Aber freilich wahrscheinlich ist es und mit jeder neuen Zahlung mehr.) Wenn er dennoch verbunden seyn soll, die Handlung zu wiederholen, und der Grund der Verbindlichkeit aus dem Ablauf einer Zeit und zwar eines bestimmten Zeitraums abgeleitet wird, so deutet dies auf Verjährung hin.

Will man unserm Westphal [21]) glauben, so lag in der drey Jahre hindurch geschehenen Zahlung ein Constitutum und wegen des Constituti war es, daß die Erbin zur Zahlung verurtheilt ward. Allein, wer weiß es nicht, daß ein Constitutum eine gültige Verbindlichkeit voraussetzt, woran es hier fehlte, daß eine bloße Wiederholung des Versprechens kein Constitutum involvirt, wenn eine solche überhaupt in der wiederholten Zahlung enthalten gewesen wäre, und wer hat je gehört, daß grade drey Jahre, wie jener sich ausdrücket, ein Constitutum machten, woraus eine Klage entsprang?

Man möchte vielleicht sagen, da gegenwärtig aus jedem Versprechen der Zinsen eine vollgültige und klagbare Verbindlichkeit entsteht, so sey auch

---

21) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 101.

jetzt, wenn Zinsen bezahlt sind, aus dieser Zahlung ein Pactum usurarum tacitum oder vielmehr praesumtum abzuleiten. Allein dem ist nicht also. Denn, wie schon bemerkt worden, aus der bloßen Zahlung von Zinsen folgt nicht mit Nothwendigkeit, daß der Schuldner die Absicht hat, das Capital überhaupt verzinsen zu wollen; an einem Gesetz aber, welches eine solche Folgerung als Rechtsvermuthung sanctionirt hätte, fehlt es. Wir können daher dem Gerhard Noodt nicht beystimmen, welcher behauptet, eine mehrjährige Bezahlung von Zinsen sey zum Beweise eines Pacti taciti hinlänglich, nur sey dasselbe als Pactum nudum nach Römischem Recht nicht klagbar.

Diese Abhandlung lehrt also, — außer dem, was nebenher darin vorkommt —:

1. Aus der mehrjährigen Bezahlung von Zinsen entspringt keine Verbindlichkeit, ein Capital zu zahlen.

2. Es entspringt daraus keine Rechtsvermuthung für die Existenz einer Hauptschuld, oder daß der Schuldner sich einst zur Bezahlung einer Hauptschuld oder zur Bezahlung von Zinsen verbindlich gemacht habe.

3. Es kann daraus kein Pactum usurarum tacitum abgeleitet werden (wenigstens müßte der Gläubiger doch erst beweisen, daß bey der Zahlung diese Absicht obgewaltet habe).

4. Wohl aber kann der Gläubiger das Recht, Zinsen zu fordern, durch eine Art von Verjährung erwerben.

III.

Ueber die Art, wie man zum Besitz gelangt, besonders bey der Tradition.

Zur Ergänzung und Bestätigung dessen, was der Verfasser hierüber im Eigenthum gelehrt hat.

Im Anfang des Julius 1817.

Vorrede.

Was ich hier sagen werde, wird vielleicht Manchem mißfallen, als hätte ich dadurch verdienter Männer Ruhm antasten wollen, wovon ich weit entfernt bin. Nur um die Sache selbst war es mir zu thun und nur die Liebe zur Wahrheit hat meine Feder geleitet. So fern lag jenes von mir, daß ich mich sogar zum Vertheidiger eines ältern verstorbenen Schriftstellers, auf die Gefahr den Angriff auf mich abzuleiten, hergegeben habe. Denn wohlanständig ist es einem jeden, verdienter Männer Ruhm zu bewahren und sie gegen unge-

Zahlende gewußt habe, wie er nicht verbunden sey, ein Capital zu bezahlen.

Die Stelle der Pandecten, welche den Sitz der rechtlichen Vermuthung enthalten soll, daß einst eine Hauptverbindlichkeit oder daß einst eine Verbindlichkeit contrahirt worden, Zinsen zu bezahlen, lautet folgendermaaßen:

> Quum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur et usurarum quaestio moveretur, Imperator (Antoninus) ideo solvendas usuras judicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praestitisset.

Kaiser Antonin hielte also als Richter dafür, daß, wenn der Schuldner von einem Capital, was er wirklich schuldig war, seit langer Zeit — worunter zu verstehen, was in der Materie von der Verjährung ein tempus longum technisch genannt wird [7]) — Zinsen zu bezahlen gewohnt gewesen, auch der Erbe verbunden sey, in Zukunft mit der Bezahlung der Zinsen fortzufahren. Was die Stelle vom Erben sagt, muß auch vom Schuldner selbst gelten. Daß aus der Bezahlung der Zinsen eine Vermuthung entstehen sollte, der Schuldner habe sich einst verbindlich gemacht, Zinsen zu erlegen, wird in der Stelle so wenig gesagt, als auf irgend eine Weise angedeutet, vielmehr ist

---

7) *Godofredus* ad leg. cit. lit. h. *Leyser* spec. 243. med. 7. et 8.

anzunehmen, daß die langwierige Bezahlung der Zinsen die Verbindlichkeit, auch in Zukunft mit der Bezahlung der Zinsen fortzufahren, selbst begründe. Heißt es doch in der Stelle:

Antoninus *ideo* solvendas usuras judicavit, quod eas ipse pater vel dominus *longo tempore praestitisset.*

Wäre von einer Vermuthung die Rede, so konnte diese nicht den Grund abgeben, den Schuldner zur Bezahlung zu verurtheilen, sondern nur, ihn mit dem Beweise des Gegentheils zu beburden. Von einem solchen Beweise oder von einem Beweise, wie die Zahlung der Zinsen aus Irrthum geschehen sey, wird, wie der Leser sieht, nicht die Spur gefunden.

Anders erklärt die Stelle Gerhard Noodt. Mit Duaren [8]) nimmt er an: in dem von Antonin entschiedenen Rechtsfall habe der Sohn oder Sklave Geld geliehen und sich (durch Stipulation) zur Bezahlung von Zinsen verbindlich gemacht; der Vater oder Herr sey aber deßhalb zur Zahlung verurtheilt, weil er durch die langwierige Bezahlung von Zinsen anerkannt hatte, daß das Geld zu seinem Nutzen verwandt sey. Eben so erklärt die Stelle Voet [9]). Allein wer sieht es nicht, wie gekünstelt, erzwungen, weit hergeholt

---

8) ad tit. de usuris, c. 2.

9) ad tit. Dig. de usuris §. 13.

diese Erklärung sey, wozu in der Stelle selbst nicht die geringste Veranlassung liegt. Es erhellet daraus nicht, daß der Empfänger Zinsen versprochen hatte, auch nicht, daß über die Version gestritten ward. Im Gegentheil erhellet daraus, daß der Streit bloß die Zinsen betraf und daß der Vater oder Herr zur Bezahlung von Zinsen verurtheilt ward, nicht weil er die Version anerkannt, sondern weil er eine lange Zeit hindurch Zinsen bezahlt hatte. Hätte der Sohn oder Sklave Zinsen versprochen gehabt, so würde es, da die Version außer Streit war, keinen Zweifel gelitten haben, daß der Vater oder Herr neben dem Capital dergleichen zu erlegen verbunden war; jetzt war er es nicht [10]): jetzt mußte er erst ex nova causa dazu verbunden werden, und diese fand Antonin in der per longum tempus geschehenen Bezahlung von Zinsen.

Eher könnte man sagen, wenn der Erblasser sich für verbunden hielte, Geld, was in seinen

---

10) *L.* 10. §. 5. *D. de in rem verso.* Sed utrum in sortem duntaxat tenebitur dominus, an et in usuras? Et si quidem promisit usuras, Marcellus lib. 5. Digestorum scribit, dominum praestaturum: sed si non sint promissae, utique non debebuntur, quia in stipulatum deductae non sunt. Plane si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri.

Nutzen verwandt worden, zu verzinsen, und deßhalb lange Zeit gewohnt gewesen, Zinsen zu entrichten, also auch, hätte er länger gelebt, wahrscheinlich damit fortgefahren haben würde, so gezieme es dem Erben nicht, anders zu handeln, und darauf beruhe der Grund der Entscheidung. Allein, wenn doch dem Erblasser keine wirkliche Verbindlichkeit oblag, Zinsen zu entrichten, wie sollte der Erbe, der den Verstorbenen wieder darstellt, verbunden seyn, wozu der Erblasser nicht verbunden war! Dies erkannte auch Anton Faber [11]). Er lehrt: Der Erblasser habe seinen Willen ändern können, der Erbe desgleichen, — setzt aber hinzu, so lange der Letztere seinen Willen, das Capital nicht weiter verzinsen zu wollen, nicht erklärt habe, müsse er Zinsen der vergangenen Zeit, vom Tode des Erblassers an gerechnet, wie der Erblasser bey seinem Leben gewohnt gewesen, entrichten, zumal der Gläubiger, wäre jene Erklärung nicht unterblieben, das Capital vielleicht eingezogen haben würde. Allein dies wäre allenfalls bloß Billigkeit gewesen, und überhaupt können wir diese Erklärung des Anton Faber nicht für die richtige halten. Wollte man sie aber auch für richtig halten, würde sie jener Meynung der Rechtsgelehrten, die hier bestritten wird, nicht zur Seite stehen.

---

11) Conjecturae lib. 7. cap. 9.

Es entsteht die Frage, ob nicht Jemand sich durch stillschweigenden Vertrag *pro futuro* verbindlich macht, Zinsen zu zahlen, wenn er Zinsen zahlt, die er nicht schuldig ist und er dies weiß? —

Aus der bloßen Bezahlung von Zinsen, die Jemand nicht schuldig war, folgt nicht mit Nothwendigkeit, daß er dergleichen auch in Zukunft zahlen wolle. Es folgt daraus nur, daß er für dieses Jahr Zinsen bezahlen wollte. Indessen kann sich dadurch der Wille offenbaren, überhaupt Zinsen zahlen zu wollen, besonders, wenn dies zu wiederholten Malen geschehen ist. Die Absicht, das Capital nicht bloß für jetzt, sondern für immer, so lange es nämlich unabgetragen bleibt, verzinsen zu wollen, kann für wahrscheinlich gehalten werden, in dem Grade, daß es den Gesetzgeber bewegen kann, eine Rechtsvermuthung darauf zu bauen. Wirklich würde auch das Römische Recht aus einer mehrere Jahre hindurch geschehenen Zahlung von Zinsen ein Pactum usurarum tacitum oder vielmehr praesumtum wahrscheinlich abgeleitet haben. Wenigstens möchte man dies aus dem entgegengesetzten Fall zu schließen geneigt seyn. Wir finden nämlich, daß, wenn der Gläubiger mehrere Jahre hindurch geringere Zinsen annahm, als er sich versprechen ließ, zu vermuthen sey, wie er das Plus erlassen und sich nicht bloß für die Vergangenheit, sondern auch für die Zukunft mit dem gerin-

gern Maaß der Zinsen begnügen wolle [12]). Allein daß eine solche Vermuthung nicht wirklich existire

---

12) *L.* 13. *D. de usuris.* Qui semisses usuras promisit, per multos annos minores praestitit: heres creditoris semisses petit, cum per debitorem non steterit, quominus minores solvat, quaero, an exceptio doli vel pacti obstet? Respondi, si exsolvendis ex more usuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit, posse, secundum ea, quae proponerentur, obstare exceptionem. *L.* 5. *C. de usuris.* Adversus creditorem usuras majores ex stipulatu petentem, si probetur, per certos annos minores postea consecutus, *utilis est pacti exceptio*, secundum quod tueri causam potestis, etiam adversus defensores civitatis majores petentes ex cautione, si probaveritis, semper quincunces amitam pupillorum vestrorum, quae majores caverat, dependisse. *L.* 8. *C. ibidem.* Quamvis Bassa, cum pecuniam mutuam acciperet, minores usuras Menophani spopondit; et nisi intra certum tempus eas solvisset, ampliores (licitas tamen) promisit: tamen si post tempus cautioni praefinitum creditor easdem accepit, nec majores sibi dari postulavit, ac per hoc non recessisse cum a minorum praestatione probari potest: eas usuras computari oportet, quarum in exactione creditor perseveravit. Diese Stelle handelt von einem mehr speciellen Fall, stößt also die Regel nicht um, welche die vorige an die Hand giebt, wornach nur aus einer mehrjährigen Zahlung geringerer Zinsen eine Erlassung derselben abzuleiten ist. Bassa hatte sich in Art einer Conventionalstrafe ein größeres Zinsenquantum auf einen gewissen Fall versprechen lassen, nahm aber, als dieser Fall eintrat, die ursprünglich versprochenen

und auch nicht existiren könne, ist leicht zu zeigen. Nach dem System des Römischen Rechts können Zinsen nicht durch Pactum nudum versprochen werden, sondern nur durch Stipulation, wenn aus dem Versprechen der Zinsen eine klagbare Verbindlichkeit hervorgehen soll [13]). Werden Zinsen durch Pactum nudum versprochen, so entsteht daraus bloß eine natürliche Verbindlichkeit, welche die gewöhnlichen Wirkungen einer solchen hat [14]). Nur bey Negotiis bonae fidei, z. B. beym Kaufcon-

---

geringern Zinsen an und gab dadurch zu erkennen, daß sie von jener Conventionalstrafe keinen Gebrauch machen wolle, sondern daß es bey der ursprünglichen Vereinbarung bleiben solle. Von einer Extinctiv-Verjährung ist hier nicht die Rede, wie schon die Worte: Utilis est pacti exceptio, ergeben; davon kann nur die Rede seyn bey Zinsen der vergangenen Zeit, die während des zu solcher Verjährung erforderlichen Zeitraums nicht gefordert sind. Zinsen der vergangenen Zeit können nicht gefordert werden, wenigstens nicht im Wege der Klage, wenn das Klagrecht erloschen oder sie erlassen sind. *L.* 17. §. 1. *D. de usuris.* Divus Pius ita rescripsit: Parum juste praeteritas usuras petis, quas omisisse te longi temporis intervallum indicat, qui eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti. Diese Stelle ist nur von der Remission von Zinsen der vergangenen Zeit zu verstehen. *Voet* ad tit. Dig. de usuris §. 14. *Malblanc* Princ. §. 263. nota v.

13) L. 5. §. 2. D. de solut.

14) L. 3. et 4. C. de usuris.

tract, können Zinsen vollgültig versprochen werden, wenn das Versprechen der Zinsen als Pactum adjectum sogleich bey Eingehung des Vertrags geschieht [15]). Bey den Negotiis stricti juris und beym Darlehn bleibt es bey der Regel. Kurz, das System des Römischen Rechts über die Wirkung bloßer Verträge, die keine Contracte sind, findet sich namentlich auch auf das Versprechen von Zinsen angewandt [16]).

Es kann also, wenn Zinsen bezahlt sind, die der Schuldner zu bezahlen nicht nöthig hatte, ein Pactum tacitum oder praesumtum um deßwillen nicht statuirt werden, weil dies doch immer ein Pactum nudum seyn würde, und ex pacto nudo keine Zinsen gefordert werden können. Selbst wenn der Schuldner sich durch Pactum nudum zur Bezahlung von Zinsen verbindlich machte und in Folge dieses Vertrags einmal Zinsen erlegte, wird keine Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen, für die Zukunft hervorgebracht [17]). Ueberhaupt ist es

---

15) L. 24. D. Depositi. L. 5. C. de pactis inter emt. et vend.

16) *Paulus sentent. lib. 2. tit. 14.* Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti. Ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur.

17) *L. 7. C. de usuris.* Creditor instrumentis suis probare debet, quae intendit et usuras se *stipulatum*, si potest; nec enim, si aliquando *ex consensu* praestitae sunt, obligationem constituunt.

Regel, daß, wenn in Folge eines Pacti nudi auch selbst mehrere Jahre hindurch etwas gezahlt ist, dadurch noch immer keine Verbindlichkeit entsteht, in Zukunft mit der Zahlung fortzufahren [18]).

Anders verhält es sich, wenn *per longum tempus* Zinsen bezahlt sind. Hier ist nicht mehr von einem unverbindlichen Pacto nudo die Rede; sondern das Recht, Zinsen zu fordern, entspringt dann aus einem andern Grunde. Das Recht, Zinsen zu fordern oder die Verbindlichkeit, Zinsen zu erlegen, gründet sich dann auf eine Art von Verjährung. Die Verbindlichkeit wird durch den Ablauf der Zeit hervorgebracht; das läßt jene oft angeführte Stelle, die den Stein des Anstoßes ausmacht, weiter aber nichts ersehen, wenn wir bey den Worten stehen bleiben und uns nicht davon entfernen wollen, wozu es keinen hinlänglichen Grund giebt. Wie aber nennt man es, wenn die Zeit Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringt oder tilgt? Wie anders, als Verjährung?

Etwas Aehnliches kömmt bey jährlichen Leistungen andrer Art vor.

---

18) *L.* 28. *C. de pactis.* Si certis annis, quod nudo pacto convenerat, datum fuerit, ad praestandum in posterum indebitum solutum obligare non potuit eum, qui pactum fecit, nisi placitis stipulatio intercesserit.

L. 1. C. de fideicommissis.

Si probaveris Demetrium petiisse de matre, haeredeque sua, ut tibi alimenta menstrua et vestiarium annuum praestaret, eamque secutam voluntatem filii sui *per multum temporis i. e. non minus in tali causa triennio* ea praestitisse, ut in futurum quoque ea praestentur et si quae in praeteritum praestita non sunt, ut exsolvantur, impetrabis.

In dem Fall, wovon hier die Rede iſt, hatte der Sohn ſeiner Mutter, als Erbin, ein zu gewiſſen Zeiten zu entrichtendes Legat aufgelegt; das Legat war ungültig, was zwar nicht ausdrücklich geſagt wird, ſich aber von ſelbſt verſteht, weil ſonſt die Frage gar nicht hätte entſtehen können, ob die Erbin ſchuldig ſey, das Legat zu entrichten, wie auch Gerhard Noodt bemerkt. Obgleich das Legat ungültig hinterlaſſen ward, fand der Imperator doch, daß die Erbin ſchuldig ſey, es zu erlegen, weil ſie es ſchon per multum temporis (nicht per longum tempus) erlegt habe. Gerhard Noodt nimmt an, der Grund der Entſcheidung beruhe darauf, daß die Erbin durch eine wiederholte Zahlung den Willen des Verſtorbenen anerkannt hatte. Es iſt wahr, daß ungültig hinterlaſſene Legate und Fideicommiſſe gültig werden, wenn der Erbe den Willen des Erblaſſers aner-

kennt [19]); allein darin lag doch hier der Grund der Entscheidung offenbar nicht. Denn läge überhaupt in der bloßen Zahlung eine Anerkennung, was, in Folge dieser Stelle, für Fälle dieser Art, verneint werden muß, so würde eine einmal geschehene zu diesem Zwecke hinlänglich gewesen seyn. Es wird aber eine mehrere Jahre hindurch und sogar eine bestimmte Zahl von Jahren, nämlich in Fällen dieser Art, in welchen dem Gläubiger favor alimentorum zu Statten kam, eine Zeit von drey Jahren, nicht weniger, erfordert. Man könnte freilich einwenden, eine einmalige Zahlung hätte in Fällen dieser Art nicht auf Anerkennung schließen lassen, deshalb wären mehrere erfordert. Also räsonnirt Anton Faber [20]). Jenes ist wahr, wir behaupten aber, es verhalte sich bey mehrfachen Zahlungen auch nicht anders. Bey Verbindlichkeiten, die nicht auf einmal erfüllt werden, sondern durch eine Mehrheit zu gewissen Zeiten sich wiederholender Handlungen, folgt daraus, daß Jemand die Handlung einmal vornimmt, noch nicht, daß er die Handlung auch in Zukunft vornehmen, daß er die

---

19) *L.* 16. §. 1. *C. de testam.* Illud etiam adjiciendum est, ut qui ex testamento vel ab intestato heres exstiterit: etsi voluntas defuncti circa legata, seu fideicommissa, seu libertates legibus non sit subnixa, tamen si sua sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat.

20) Conject. lib. 7. cap. 8.

Verbindlichkeit selbst auf sich haben wolle. Und eben so wenig folgt dies daraus, wenn er die Handlung zum zweyten und dritten Male vornimmt. (Aber freilich wahrscheinlich ist es und mit jeder neuen Zahlung mehr.) Wenn er dennoch verbunden seyn soll, die Handlung zu wiederholen, und der Grund der Verbindlichkeit aus dem Ablauf einer Zeit und zwar eines bestimmten Zeitraums abgeleitet wird, so deutet dies auf Verjährung hin.

Will man unserm Westphal [21]) glauben, so lag in der drey Jahre hindurch geschehenen Zahlung ein Constitutum und wegen des Constituti war es, daß die Erbin zur Zahlung verurtheilt ward. Allein, wer weiß es nicht, daß ein Constitutum eine gültige Verbindlichkeit voraussetzt, woran es hier fehlte, daß eine bloße Wiederholung des Versprechens kein Constitutum involvirt, wenn eine solche überhaupt in der wiederholten Zahlung enthalten gewesen wäre, und wer hat je gehört, daß grade drey Jahre, wie jener sich ausdrücket, ein Constitutum machten, woraus eine Klage entsprang?

Man möchte vielleicht sagen, da gegenwärtig aus jedem Versprechen der Zinsen eine vollgültige und klagbare Verbindlichkeit entsteht, so sey auch

---

21) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 101.

jetzt, wenn Zinsen bezahlt sind, aus dieser Zahlung ein Pactum usurarum tacitum oder vielmehr praesumtum abzuleiten. Allein dem ist nicht also. Denn, wie schon bemerkt worden, aus der bloßen Zahlung von Zinsen folgt nicht mit Nothwendigkeit, daß der Schuldner die Absicht hat, das Capital überhaupt verzinsen zu wollen; an einem Gesetz aber, welches eine solche Folgerung als Rechtsvermuthung sanctionirt hätte, fehlt es. Wir können daher dem Gerhard Noodt nicht beystimmen, welcher behauptet, eine mehrjährige Bezahlung von Zinsen sey zum Beweise eines Pacti taciti hinlänglich, nur sey dasselbe als Pactum nudum nach Römischem Recht nicht klagbar.

Diese Abhandlung lehrt also, — außer dem, was nebenher darin vorkommt —:

1. Aus der mehrjährigen Bezahlung von Zinsen entspringt keine Verbindlichkeit, ein Capital zu zahlen.

2. Es entspringt daraus keine Rechtsvermuthung für die Existenz einer Hauptschuld, oder daß der Schuldner sich einst zur Bezahlung einer Hauptschuld oder zur Bezahlung von Zinsen verbindlich gemacht habe.

3. Es kann daraus kein Pactum usurarum tacitum abgeleitet werden (wenigstens müßte der Gläubiger doch erst beweisen, daß bey der Zahlung diese Absicht obgewaltet habe).

4. Wohl aber kann der Gläubiger das Recht, Zinsen zu fordern, durch eine Art von Verjährung erwerben.

III.

Ueber

die Art,

wie man zum Besitz gelangt,

besonders bey

der Tradition.

Zur Ergänzung und Bestätigung dessen, was der Verfasser hierüber im Eigenthum gelehrt hat.

Im Anfang des Julius 1817.

Vorrede.

Was ich hier sagen werde, wird vielleicht Manchem mißfallen, als hätte ich dadurch verdienter Männer Ruhm antasten wollen, wovon ich weit entfernt bin. Nur um die Sache selbst war es mir zu thun und nur die Liebe zur Wahrheit hat meine Feder geleitet. So fern lag jenes von mir, daß ich mich sogar zum Vertheidiger eines ältern verstorbenen Schriftstellers, auf die Gefahr den Angriff auf mich abzuleiten, hergegeben habe. Denn wohlanständig ist es einem jeden, verdienter Männer Ruhm zu bewahren und sie gegen unge-

rechte Anfälle in Schutz zu nehmen, zumal, wenn sie sich selbst nicht mehr vertheidigen können, wie hier.

In Ansehung der Sache selbst werden selbst diejenigen mir Gerechtigkeit wiederfahren lassen, die darüber anders denken, als ich.

§. 1.

Daß der Besitz erworben werde, wenn der Körper desjenigen, welcher besitzen will, mit der körperlichen Sache in Verbindung tritt, lehrt das Römische Recht und fand Pufendorf [1]) dem natürlichen Recht gemäß zu seyn.

Zwey Fragen sind es jedoch, welche hierbey aufgeworfen werden können:

1. Ist jene Berührung hinlänglich und, wenn sie das nicht ist, was muß außerdem geschehen, damit Besitz erworben werde?

2. Ist sie zum Erwerb des Besitzes nothwendig erforderlich und kann der Besitz nicht auch ohne sie erworben werden?

§. 2.

Beantwortung der ersten Frage,

a) aus der Natur des Besitzes.

Der Besitz ist das physische Vermögen, vermöge dessen wir im Stande sind, über die Sache zu verfügen und andre davon auszuschließen.

---

1) de jure naturae et gentium Lib. 4. cap. 6. §. 8.

Dieser Begriff führt, wie von selbst, auf die Art, wie Besitz erworben wird. Nämlich im Allgemeinen erwerben wir Besitz dadurch, daß wir zu der Sache in ein solches Verhältniß treten, daß wir im Stande sind — ob mit Recht oder Unrecht? das gehört nicht hieher, wo nur von dem Facto des Besitzes die Rede ist; der Besitz oder der Umstand, daß Jemand eine Sache physisch beherrscht, ist bekanntlich ein Factum oder res facti und steht dem Recht gegenüber — mit Ausschluß anderer über sie zu herrschen, kurz dadurch, daß sie in unsere Gewalt kömmt.

Sobald dieses Verhältniß vorhanden und der Wille zu besitzen damit verbunden ist, würde, bloß auf die Natur der Sache gesehen, der Besitz wirklich erworben seyn.

Dabey, scheint es jedoch, sey zweyerley wohl zu unterscheiden:

1. Der Besitz an und für sich — und die Ausübung des Besitzes. Jenes Verhältniß, und also der Besitz selbst, kann vorhanden seyn, ohne daß der Besitzer schon von seiner Herrschaft Gebrauch gemacht hätte. Er kann aber auch den Besitz zugleich erwerben und ausüben.

Ferner

2. ist wohl zu unterscheiden:

Was gehört zum Erwerb des Besitzes? — und wodurch erkennt man den Willen zu besitzen, besonders, wodurch wird es bewiesen, daß jemand die Sache in seiner Gewalt und die Absicht

hatte, sie als eine solche zu behandeln? Die Rücksicht hierauf macht manches nöthig oder nützlich, was zum Erwerb des Besitzes an und für sich — gleichgültig wäre und bey der Beantwortung dieser (letztern) Frage kann gerade die Ausübung des Besitzes wenigstens gute Dienste leisten.

§. 3.

b) nach Römischem Recht.

Nach Römischem Recht ist die Gewalt über die Sache, verbunden mit dem Willen, sie zu besitzen — wie sich in der Folge ergeben wird — zum Erwerb des Besitzes nicht hinlänglich. Der Besitz wird nicht ohne unser Zuthun erworben, sondern wir müssen ein auf Besitzergreifung gerichtetes Factum vornehmen, wodurch wir die Sache in unsere Gewalt bringen. (Ob dieses Factum auch bloße Annäherung seyn könne, gehört zur zweyten Frage.) Kurz, was uns zu Besitzern macht, ist *Redactio in potestatem* — und Berührung macht uns nur in sofern dazu, als sie von der Art ist, daß wir Gewalt über die Sache dadurch erlangen. Mit Recht bemerkte schon Leyser, [1]) da er von der Occupation spricht: Necesse est praeterea, ut illam simul in potestatem suam redigat, *quod per solam adprehensionem* non

1) Spec. 439. med. 1.

semper fit. Doch dehnt er [2]) diesen Satz zu weit aus — und macht eben deshalb eine unrichtige Anwendung davon.

Ein armer Fischer am Ufer der Elbe, der am frühen Morgen mit seinem Kahn ausgezogen war, fand einen in der Elbe, wohin er sich verirrt hatte, treibenden todten Wallfisch; — wenigstens nennt Leyser ihn *balaena*, auf allen Fall war es ein sehr großer Fisch. — Da der Fisch zu groß war, als daß er ihn hätte mit sich führen und an's Ufer ziehen können, so begnügte er sich vorläufig, den Fisch anzuhauen, ein Stück Speck und einige Zähne davon zu nehmen, und entfernte sich. Reisende, welche über die Elbe fuhren, bemächtigten sich des verlassenen Fisches, indem sie ihn mit Stricken an den Ufer banden. In dem darüber entstandenen Proceß ward das Eigenthum des Fisches den Reisenden zuerkannt, — und dieses Urtheil in Helmstädt bestätigt. Als Grund führt Leyser an: Der Fischer sey nicht Eigenthümer geworden, weil er den Fisch nicht völlig in seine Gewalt gebracht, sondern ihn in der Elbe treibend verlassen habe, so daß sich mancherley Umstände hätten zutragen können, weshalb er ihn bey der Rückkehr nicht wieder angetroffen haben würde. Allein, ohne Zweifel war der Fisch, da er todt und Niemand zugegen war, der ihm den Besitz desselben hätte streitig machen kön-

---

2) in der folgenden Meditation.

nen, völlig in die Gewalt des Fischers gekommen, ja er hatte diese Gewalt schon ausgeübt und konnte sie auch möglicherweise fortsetzen, nämlich, wenn er bey dem Fisch bleiben wollte. Die Herrschaft des Fischers über den Fisch war so entschieden, daß er ihn ganz hätte zerstückeln können, wie dies zum Theil von ihm wirklich geschahe. Unter allen diesen Umständen kann ein gewisser Satz des Römischen Rechts, wovon weiter unten die Rede seyn wird (worauf Leyser sich jedoch nicht beruft,) nicht in Betrachtung kommen. Nachdem der Fischer einmal Besitz, und durch den Besitz Eigenthum erworben hatte, konnte es nicht weiter in Betrachtung kommen, daß ihm der Fisch, wenn er ihn verließ, leicht wieder entgehen konnte. Sein Eigenthum hörte durch die Leichtigkeit des Verlustes nicht wieder auf, zumal er diesen Verlust durch Ausharren bey dem Fisch und Abwarten der Hülfe anderer verhüten konnte. Eben so wenig würde Jemand das Eigenthum eines Huths, der ins Wasser fiel, oder eines am Ufer nicht befestigten Boots verlieren. Ja, wäre der Fisch nach der Occupation ins Eismeer oder wo er sonst hergekommen war, zurückgetrieben, so würde der Fischer ihn noch immer als sein Eigenthum haben in Ansprache nehmen können.

Doch setzen wir den Rechtsfall, den Leyser unrichtig entschied, bey Seite, und kehren zu den oben aufgestellten Grundsätzen zurück. Wir finden sie in der Anwendung, welche die Römischen

Rechtsgelehrten bey einzelnen Fällen davon machen. Z. B. nimmt Proculus [3]) bey der Frage, ob ein in die ausgestellte Schlinge gefallener Eber in das Eigenthum desjenigen übergegangen sey, der die Schlinge ausstellte, Rücksicht darauf, ob die Schlinge auf eignem oder auf fremdem Boden gelegt und im letztern Fall, ob es mit Erlaubniß des Grundherrn geschehen war, ferner, ob das Thier sich durch eigne Kraft wieder losmachen können oder nicht, und entscheidet am Ende: alles komme darauf an, ob das Thier in die Gewalt desjenigen gekommen sey, der die Schlinge legte (was hier durch sein Zuthun geschehen seyn würde, nämlich durch Ausstellung der Schlinge) oder nicht; im erstern Fall sey es (durch Occupation) das seinige geworden, im letztern nicht. [4]) Daher erwerben wir den Besitz eines Schatzes nicht eher, als bis er von der Erde, die ihn umschließt, losgemacht, also ausgegraben oder gehoben ist. [5]) Ebenso verändern Steine erst durch Ausgraben oder Ausbrechen den Besitzer. [6]) Ferner wird des Feindes Sache erst dann die unserige, wenn wir sie ihm abgenommen haben, nach-

---

3) L. 55. D. de acq. rer. dom.

4) Meine Lehre vom Eigenthum, S. 75. 76. 78. Note 10.

5) L. 44. pr. D. de poss. Meine Lehre vom Eigenthum S. 98.

6) L. 6. D. de donat. (Die Stelle folgt weiter unten im Text.)

dem der Widerstand, den er etwa leistet, überwunden ist. [7])

Aber, die Sache in seine Gewalt zu bringen, ist nach Römischem Recht zum Erwerb des Besitzes noch nicht genug, sondern es ist auch in Betrachtung zu ziehen, was [8]) Jarolenus lehrt:

Non videtur possessionem adeptus is, qui ita adeptus est, ut eam retinere non possit.

Also ist es nicht genug, den Besitz zu erwerben, man muß sich auch dabey behaupten können und der Besitz ist als erworben nicht anzusehen, wenn der Erwerbende zu Anfange des Erwerbs nicht im Stande ist, die Gewalt über die Sache beyzubehalten, wenn er also gleich Anfangs auf eine dauernde Herrschaft nicht rechnen kann. Es bezieht sich aber dies, wie es scheint, auf eine anfängliche physische Unmöglichkeit, den Besitz fortzusetzen, wobey auch von fremder Gewaltthätigkeit, (zumal einer unerwarteten) zu abstrahiren wäre, als welche die Fortsetzung eines jeden Besitzes zu hindern im Stande seyn würde. Es muß, kann ich anders den Sinn des Jarolenus errathen, in dem Erwerber selbst, (z. B. in dessen Mangel an Kräften, die keine anhaltende Anstrengung zulassen, wo sie doch nöthig wäre) oder in der Natur des Objects oder in den Umständen,

---

7) L. 5. §. 7. D. de acq. rer. dom. Meine Lehre vom Eigenthum §. 18. S. 107. 108.

8) L. 22. D. de poss.

worin sich dasselbe von Natur befindet, der Grund jener Unmöglichkeit enthalten seyn.

§. 4.

Beantwortung der zweyten Frage,

a) nach der Natur der Sache.

Bloß auf die Natur der Sache gesehen, müßte nach dem, was oben (§. 2.) gelehrt ward, die zweyte Frage — verneint werden. Wir können Besitz erwerben, obgleich wir bewegliche Sachen nicht mit den Händen ergreifen, in unbewegliche nicht eingehen; genug, daß wir sie in unserer Gewalt haben.

Auf der andern Seite, wenn körperliche Berührung auch nicht schlechterdings erforderlich ist, scheint es ohne sie doch nicht wohl abgehen zu können. Jene Art der Besitzerwerbung ist mehr nur eine ideelle; der Besitz ist in Gedanken ergriffen. Kann man ein endliches Wesen wie einen bloßen Geist nur behandeln? Es bedarf einer sinnlichen Handlung für das sinnliche Geschöpf. Am meisten leistet in dieser Hinsicht adjunctio corporis ad corpus, indem dadurch die Idee, welche mit dem Besitz verbunden ist [1]), am stärksten hervortritt. Wer die Sache besitzen will, tritt durch die Berührung, diesen höchsten Grad der Annäherung,

---

1) S. Meine Lehre vom Eigenthum §. 1. im Anfange.

mit ihr in die nächste Verbindung und indem er den Besitz, den er sich beylegt, zugleich ausübt, verschwindet der Zweifel über die Ungewißheit des Willens; die ganze Handlung tritt nun erst recht in die Sinnenwelt, der sie angehören soll, ein. Gründe für den Gesetzgeber, den Anfang des Besitzes an eine sinnliche Handlung, namentlich an Berührung, und damit zugleich an die Ausübung zu knüpfen; ja für den Rechtsgelehrten, das eine mit dem andern zu verwechseln.

§. 5.

b) Nach dem Römischem Recht; Meinungen seiner Ausleger.

v. Savigny [1]) lehrt vom Erwerb des Besitzes nach Römischem Recht: Körperliche Berührung sey zum Erwerb des Besitzes nicht nothwendig erforderlich. Die Möglichkeit, auf die Sache physisch einzuwirken und jede fremde Wirkung auszuschließen, nicht aber die körperliche Berührung, womit jene Möglichkeit nur zufällig verbunden sey, mache das factum adprehensionis aus. Daher werde der Besitz durch die unmittelbare Gegenwart bey der Sache erworben. Es müsse jedoch die Möglichkeit, auf die Sache zu wirken, als unmittelbare, gegenwärtige Möglichkeit gedacht werden

1) Recht des Besitzes, zweyte Auflage, §. 14. und folg.

können. Dieselben Grundsätze wendet dann v. Savigny namentlich auf die Tradition an, verwirft die sogenannte erdichtete Uebergabe und findet in den einzelnen Arten derselben keine Anomalien, sondern überall nur Anwendung der Grundsätze, die im Römischen Recht vom Erwerb des Besitzes überhaupt gelten sollen.

Wenn man von der „Beziehung auf das Bewußtseyn," die von animus possidendi unterschieden wird, abstrahirt, so hegte schon ein älterer Schriftsteller und zwar einer, auf den die neue Zeit wol am wenigsten rathen wird, ähnliche Grundsätze, wie v. Savigny. Ein Mann, der von manchen neuern, nur hierin nicht lobenswürdigen, Rechtsgelehrten mit großer Geringschätzung behandelt wird, so daß sie ihn fast nicht anders anführen, als um ihn zu verspotten, ein Gelehrter, der sich um so viele Fächer fleißig bemühte, daß man ihm fast auf allen Wegen begegnet, dem, bey vielen Mängeln in der Materie und oftmals sehr vernachlässigten Darstellung, eine ausgebreitete Kenntniß und Belesenheit im Civilrecht nicht abzusprechen ist, der, unter seinen Zeitgenossen, wegen des Studiums der Quellen, der bessern Schriftsteller, der Methode sich sehr auszeichnete, ja als der einzige dasteht, der im Recht überhaupt, besonders dem Römischen, sehr bewandert war, nicht ohne Nutzen in den Gesetzen viel, und viel in den Schriften seiner Ausleger gelesen hatte, jene auch auszulegen im Allgemeinen wol verstand, während

die Blössen, die er freilich nicht selten gibt, durch die große Ausdehnung seiner literarischen Thätigkeit einigermaaßen entschuldigt, seine Verdienste nicht aufheben, — der Verfasser des Buchs de libertate et servitutibus praediorum, kurz Westphal, von dem geschrieben steht, „gerade in den entscheidendsten Puncten (der Lehre vom Besitze) seyen seine Meinungen so falsch, daß sein Buch (von den Arten der Sachen, Besitz u. s. w.) selbst als Compilation nicht sehr brauchbar sey.“ Dieserselbe Westphal lehrt zwar nicht in dem eben angeführten Werk, wol aber in einer andern Schrift,[2]) die der Aufmerksamkeit jenes Schriftstellers entgangen ist, doch im Grunde eben das, was v. Savigny lehrt.

Es folgen hier seine eignen Worte, die man freilich dort, wo sie sich finden, nicht suchen sollte und wir aus einem andern Zweige unsrer Wissenschaft, dem Lehnrecht nämlich, herüber zu holen genöthigt sind, theils, weil sie sonst mit dem Lehnrecht untergehen mögten, theils, weil jene Schrift wol nur wenigen bekannt oder zur Hand seyn mögte.

„Die Erklärer dieses (Römischen) Rechts machen einen Unterschied zwischen einer wahren und einer fingirten Uebergabe. — Diese Eintheilung

---

2) Rechtliche Abhandlung von der Uebergabe und Belehnung, Halle 1779.

ist aber in den Worten der Gesetze selbst nicht gegründet. Nie wird man den Namen Traditio vera, Traditio ficta, in den Römischen Gesetzen finden. Der Sache nach könnte man behaupten, daß sie darin vorhanden liege; allein die Worte sind doch allemal unbequem. Die erste Art müßte, wenn die Worte etwas bedeuten sollten, das seyn, wenn dem Gegentheil die Sache körperlich und handgreiflich eingehändigt würde; die letztere hingegen, wo solches nicht geschieht, sondern der Gegner außer der körperlichen Innehabung verbliebe und man dennoch annähme, als wenn solche auf den andern Theil gekommen wäre. Dies ist der Begriff von dem, was man fingirt oder erdichtet nennt. Ist in dem einen Fall eben das wirklich vorhanden, was in dem andern, so ist gar kein Grund da, in dem einen Fall eine Fiction anzunehmen, in dem andern aber nicht. Und so findet es sich wirklich bey der angeführten Eintheilung der Uebergabe. §. 5.

Wie die wahre Uebergabe geschehe, ist bereits angeführt. Durch sie bekömmt der andre Theil eine wirkliche Innehabung der Sache. Er braucht sich nun nicht beständig bey der eingehändigten Sache aufzuhalten und sie zu bewachen. Der Besitz bleibt ihm beständig, wenn er auch von der Sache sich hernach wieder entfernt, nur daß er nicht von jemand behindert werde, sich ihrer nach seinem Bedürfniß und den Umständen anzumaßen. Zu de-

nen fingirten Uebergaben hingegen rechnet man 1) die, welche durch Zeichen geschieht, als durch Einhändigung derer Schlüssel oder Urkunden u. s. w.

§. 6. In allen diesen Fällen geschieht wirklich eben das, was bey einer wahren Uebergabe nur immer geschehen kann. Es haben schon längst die gelehrtesten Männer ausgeführt: daß bey allen diesen Gattungen der Uebergabe die Römischen Rechte die Gegenwart der zu überlassenden Sache erfordern, den fünften und sechsten Fall allein ausgenommen. Werden also im ersten Fall die Schlüssel oder Urkunden zur Sache, bey deren Gegenwart, und in der Absicht, diese selbst dem andern zu übereignen, ausgehändigt; so wird ja ohne Zweifel dieser in einen völligen Besitz gesetzt, wie er nur seyn kann. Die im zweyten Fall beygesetzte Wache ist eine nachdrückliche Besitzergreifung, wodurch die Sache in eine hinlängliche Gewahrsam genommen wird, so wie im dritten Fall der Empfänger sich durch Aufdrückung seines Zeichens deutlich als Besitzer und Inhaber zu erkennen gibt. Weil auch im vierten Fall der bisherige Besitzer in Gegenwart der Sache sich des Besitzes zum Behuf des Gegentheils entledigt, diesen also nichts hindert, warum er nicht gleich mit der Sache machen könne, was er wolle; so ist er ja wirklich in Besitz gesetzt, zu welchem nichts weiter gehört, als daß man sich körperlich in die Lage gesetzt habe, mit einer

Sache nach Belieben handeln zu können, welches durch Annehmung einer solchen Ueberweisung der vorliegenden Sache geschehen ist.

§. 7. Hier könnte man einwenden, daß in der vorliegenden Sache ein andrer sitzen könne, der solche gegen den Ueberwiesenen behaupte, und ihn nicht zu der ruhigen Eintretung in dieselbe zulasse. Denn sey ja doch der wahre Besitz diesem, und nicht jenem, zugehörig. Allein, in einem solchen Fall müßte der Ueberweiser selbst nicht in Besitz gewesen seyn, weil zur Zeit der Ueberweisung schon ein andrer Besitzer sich in der Sache befunden. Alsdann wäre gar keine Uebergabe möglich gewesen. Also ist dies kein Einwand, der gegen diesen besondern Fall insonderheit gemacht werden könnte.

§. 9. Noch ein allgemeiner Einwand, der auf die Beybehaltung der gemeinen Eintheilung geht, könnte von dem Ursprung derer Arten der Uebergabe hergenommen werden. Es ist von gelehrten Civilisten angemerkt, daß die sogenannte wahre Uebergabe, die älteste, und zu Anfange allein bekannte Gatrung derselben sey, die andern Arten aber erst neuerlich entstanden und von den Rechtsgelehrten erdacht worden. Sie müssen also, könnte man glauben, von andrer Beschaffenheit seyn, als die erste ursprüngliche. Allein dieser Schluß gilt nicht. Der Grund liegt bloß in der eingeschränkten Denkungsart der ersten Zeiten. Zu einem Besitz, meinten sie, gehöre nothwendig eine körperliche

Berührung. Denn freilich ist dies der erste grobe Begriff, den man sich bey einem Besitz gedenkt. Da sie aber fanden, daß es doch unmöglich sey, eine Sache, die man besitzen soll, und an der man eben um des habenden Besitzes willen gewisse Rechte genießen soll, beständig körperlich zu bebrüten; so fanden sie nöthig, den Begriff des Besitzes und also auch der Besitzergrifung zu erweitern. Daher entstanden mehrere Wege der Uebergabe, die aber alle, nach dem neuern verfeinerten Begriff des Besitzes, nicht weniger solchen geben [3]). — Soweit Westphal. —

---

3) Es kann diese Uebereinstimmung weder, noch soll sie den Verdiensten Savigny's, namentlich in dieser Sphäre, auch nicht den aller geringsten Eintrag thun. Vielmehr soll grade der Umstand, daß Westphal auf ähnliche Ideen verfallen war, wie v. Savigny, als etwas ihm, dem Erstern Rühmliches, zu Westphals Ehrenrettung beytragen. Nebenbey mag sie auch dienen, auf das trügliche allgemeiner Urtheile aufmerksam zu machen, als welche, während sie den Kenner nicht befriedigen, den Nichtkenner nur irre leiten. In Hinsicht auf die Schreibart läßt Westphal viel zu wünschen übrig; dahingegen kann das Werk Savigny's besonders auch in dieser Hinsicht gar nicht genug erhoben werden. Die Diction ist so schön, so classisch, so meisterhaft, die Form überhaupt so vollen-

§. 6.

Was das Römische Recht hierüber wirklich enthält?

Ich habe mich schon in meinem Werk vom Eigenthum dafür erklärt, daß allerdings bey der Uebergabe, also dort, wo der Erwerber mit dem Willen des bisherigen Besitzers zum Besitz gelangt, die unmittelbare Gegenwart oder die Nähe des Erwerbers bey der zu übergebenden Sache die Stelle der wirklichen Besitzergreifung vertrete; aber allgemeiner Grundsatz des Römischen Rechts ist dies nicht. Ueberhaupt wird der Besitz einer Sache, außer den Fällen der Tradition, dadurch nicht erworben, daß sie in unsrer Gewalt ist. Wir müssen, wie gesagt, ein Factum vornehmen, wodurch sie unsrer physischen Herrschaft unterworfen wird und zwar eine in die

---

det, daß das Werk hierin zum Muster dienen kann und nicht bloß der Rechtswissenschaft, sondern der ganzen deutschen Literatur zur höchsten Ehre gereicht. Dies aber ist um so rühmlicher, je schwerer es ist, wo der Stoff soviel Sorgfalt erfordert, Schönheit der Form damit zu verbinden, indem diese doppelte Mühe nicht leicht zu vereinigen und die eine der andern, je größer sie ist, um so mehr Eintrag thut. In der Materie scheint Manches nicht einfach und natürlich genug und bisweilen fühlt man sich versucht, dem Verfasser (der das römische Recht nicht liebt, sondern darin verliebt ist) zuzurufen, was der König im Hamlet dem Polonius: Mehr Sachen, weniger Kunst! —

Sinne fallende Handlung, wodurch die Herrschaft und der Wille zu besitzen offenbar wird, als Ergreifen, Binden, Einfangen, Betreten — also adjunctio corporis ad corpus. Die bloße Nähe, ja selbst die Annäherung, ist dazu nicht genug. Selbst bey der Tradition, bey welcher man doch den Willen, zu besitzen, anderswoher schon kennt, kann es nicht gelobt werden, daß nach reinem Römischen Recht keine sinnliche Handlung den Uebergang des Besitzes bezeichnet, wenigstens nicht den Moment des Uebergangs; die Praxis fühlt dies Bedürfniß und hilft ihm ab, so gut sie kann.

Die Gründe, weshalb anzunehmen, daß im Verhältniß zu der Art, wie Besitz überhaupt erworben wird, die Arten, wie dies bey der sogenannten erdichteten Uebergabe geschieht, als Anomalien zu betrachten, habe ich am angeführten Orte schon angeführt; doch fester will ich meinen Widerspruch jetzt begründen, als es dort geschehen konnte, wo eine ausführliche Erörterung und Untersuchung eines, daß ich so sage, Incidentpuncts mir nicht am rechten Orte zu seyn schien. Ja, ich will allenfalls gegen mich selbst anführen, daß die Ausdrücke: Rem pro tradita haberi, — Rem traditam videri, — Traditio longa manu, deren sich die Römischen Rechtsgelehrten bedienen, ja auch der Ausdruck quasi Traditio, der ebenfalls in einer Stelle vorkömmt, a) nicht viel, we-

---

a) L. 6. D. de donat.

wenigstens nicht genug beweisen. Es ist möglich, werfe ich mir ein, daß jene, indem sie sich solcher Ausdrücke bedienen, bloß auf den Sprachgebrauch Rücksicht nehmen, wornach das nur eigentlich Traditio genannt werden könne, wenn der eine dem andern etwas hingibt. Es wird mir nicht an andern Gründen fehlen.

Die Wahrheit zu sagen, scheinen die Römischen Rechtsgelehrten über die Art, wie Besitz überhaupt erworben wird, verschiedener Meinung gewesen zu seyn. So hielten Neratius und Proculus dafür, man besitze einen Schatz, sobald der Besitzer des Grundstücks davon wisse, daß der Schatz in seinem Grundstücke vergraben sey und ihn besitzen wolle; hingegen Sabinus und seine Anhänger waren der Meinung, der Schatz werde erst besessen, wenn er ausgegraben und gehoben sey. Die Meinung des Sabinus billigte Paulus und sie ist die gesetzliche geworden. [2]) Ebenso scheint Cajus der Meinung gewesen zu seyn, daß Fische in Teichen nicht herrnlos, sondern im Besitz desjenigen sind, der das Grundstück und den Teich besitzt. [3]) Aber wiederum war es Paulus, welcher dafür hielte, Fische in Teichen und vierfüßige Thiere im eingehegten Walde hätten keinen Besitzer und lebten in ih-

---

2) L. 3. §. 3. D. de poss.

3) S. meine Lehre vom Eigenthum, S. 77. 78.

rer natürlichen Freiheit. [4]) Beyde sind ja in unserer Gewalt und können uns nicht entgehen, und dennoch sollen sie, gleich den Schätzen, nicht in unserm Besitz seyn.

Durch diese Paulinischen Aeußerungen und dasjenige, was ich vom Erwerb des Besitzes wider Willen des bisherigen Besitzers sagen werde, wird, was v. Savigny und Westphal lehren, insofern es für geltendes Römisches Recht ausgegeben wird, hinlänglich widerlegt. Besonders merkwürdig ist, was Paulus von Thieren lehrt. Er sagt: Thiere, die von uns in Thiergärten, oder Fische, die von uns in Fischkästen eingeschlossen sind, besitzen wir; aber solche Thiere, die in unserm Teiche sich aufhalten oder Landthiere, die in unserm eingehegten Walde umherschweifen, besitzen wir nicht. Worin kann der Grund dieses Unterschiedes liegen? Jene sind durch unser Zuthun in unsern Besitz gekommen; diese sind in unsrer Gewalt, aber wir haben nichts gethan, sie in unsern Besitz zu bringen. Was v. Savigny [5]) mit der Glosse lehrt: der Grund des Unterschiedes liege in dem größern und geringern Umfange des Aufenthaltsortes, würde auf einen sehr unbestimmten Satz führen und wird zum Glück durch die Stelle des Paulus

---

4) L. 3. §. 14. D. de poss.

5) Recht des Besitzes, S. 338. Note x.

nicht bestätigt, sondern widerlegt, weil Paulus nicht unterscheidet zwischen Thieren, die im Fischkasten und Thiergarten sind — und solchen, die im See, im Walde leben, sondern zwischen diesen und solchen, die wir in Fischkästen, in den Thiergarten gesetzt haben. Ja, es ist klar, daß, nach der von den Compilatoren gebilligten, für uns gesetzlichen und auf Thiere und Schätze nicht zu beschränkenden, Meinung des Paulus der Besitz herrnloser Sachen nur durch ein auf Bemächtigung gerichtetes, von dem bloßen Vorhandenseyn der physischen Herrschaft verschiedenes, besonderes Factum, durch eine Handlung der Besitzergreifung erworben werde. Ob aber grade körperliche Berührung zum Erwerb des Besitzes erforderlich sey und Paulus an eine solche gedacht habe? Bey Schätzen erfordert er mit Sabin und seinen Anhängern ein loco movere und was Thiere betrifft, worin kann jenes Factum anders bestehen, als darin, daß sie mit den Händen oder durch Instrumente ergriffen, also wirklich in Besitz genommen werden? —

Bey Sachen, deren wir uns wider Willen des bisherigen Besitzers bemächtigen, ist bey beweglichen ein *contrectare*, also loco movere, und bey unbeweglichen Dejection erforderlich; außerdem verliert der bisherige Besitzer den Besitz

nicht und wir erwerben ihn nicht [6]). Bey Beyden, namentlich dem Ersteren, kann es ohne körperliche Berührung nicht abgehen. Nur dann, wenn der Besitzer gehindert wird, sein Grundstück zu betreten, indem er auf dem Wege dahin angehalten und ihm verwehrt wird, in dasselbe einzugehen, z. B. sein Gegner stellte sich vor die Hausthür und versperrte den Eingang, mögte man glauben, es sey zum Erwerb des Besitzes nicht nöthig, daß derjenige, der ihn des Besitzes entsetzen und das Grundstück an Stelle seiner besitzen will, es selbst betrete. Auch scheint von Savigny es zu behaupten [7]). Allein die Stellen, die dafür angeführt werden [8]), wovon die in den Pandecten aufgenommene nur überhaupt etwas beweisen, die andere den Beweis bloß unterstützen könnte, lassen dies nicht mit Bestimmtheit ersehen und bewirken keine Ueberzeugung. Es sind hier zwey Ansichten möglich. Man kann sagen: die Stelle der Berührung kann auch andere Art von Ausübung physischer Herrschaft vertreten (nicht aber die bloße Möglichkeit, sie auszuüben). Indem

---

6) L. 3. §. 9. et 18. L. 15. D. de poss. L. 67. D. de furtis.

7) Recht des Besitzes, S. 341. Note 1. S. 343.

8) L. 1. §. 24. D. de vi. *Paulus Sent. Lib.* 5. *tit.* 6. §. 6. Vi dejectus videtur et qui in praedio vi retinetur et qui in via territus est, ne ad fundum suum accederet.

Jemand den Besitzer von der Sache, wenigstens der nahen oder gegenwärtigen, abhält, übt er selbst physische Herrschaft über sie aus. Man kann aber auch sagen: Er übt nicht sowohl selbst physische Herrschaft aus, sondern hindert den andern, sie auszuüben. Daher muß auch in diesem Fall das Grundstück betreten seyn, wenn Besitz als erworben betrachtet werden soll. Daß auch in diesem Fall Betreten des Grundstückes erforderlich, scheint aus einigen Aeußerungen Ulpians [9]) hervorzugehen.

Also ist körperliche Berührung zum Erwerb des Besitzes nöthig.

1. Bey herrnlosen Sachen.

2. Bey Sachen, die wir wider Willen des bisherigen Besitzers in Besitz nehmen.

Nur

3. Bey solchen Sachen, die wir mit dem Willen des bisherigen Besitzers in Besitz nehmen, ist körperliche Berührung nicht nothwendig erforderlich. Quod erat demonstrandum.

§. 7.

Resultate.

Das Resultat ist also: Wir erwerben nach Römischem Recht Besitz, wenn die Sache durch unser Zuthun in unsre Gewalt kömmt, oder

---

9) L. 1. §. 29. L. 3. §. 7. et 8. D. de vi.

wir unsre Herrschaft daran ausüben. Körperliche Berührung ist zum Erwerb des Besitzes nicht immer hinlänglich, selbige jedoch, oder wenigstens überhaupt die Ausübung unsrer physischen Herrschaft erforderlich, außer der Tradition, — bey welcher es auch hinlänglich ist, wenn die Sache ohne unser Zuthun in unsre Gewalt kommt, wie bey erkauften Sachen, die vom Verkäufer in unsrer Wohnung niedergelegt sind.

§. 8.

Von der Tradition, die dadurch geschieht, daß der Erwerbende mit Erlaubniß des Veräußernden Besitz ergreift.

Es ist im Civilrecht ein entschiedener Rechtssatz: der Veräußernde braucht bey der Tradition nicht selbst Hand anzulegen; die Sache ist tradirt, wenn der Erwerber mit Erlaubniß des Veräußernden Besitz ergriffen hat. Außer den Gesetzstellen, die ich hiefür in meinem Werk vom Eigenthum [1]) angeführt habe, wobey aber in der L. 5. D. de poss. grade die Hauptworte: *si non voluntate mea nactus sis possessionem*, im Abdrücke leider! ausgelassen sind, gehören hieher noch folgende, die ich bey *Frommann* [2]) allegirt finde.

---

1) §. 22. S. 146. 147.

2) *Frommann* diss. de ficta s. quasi traditione §. 11. et 38. (Diss jur. Tubingens. nr. 2.), welcher den,

1) *L.* 16. *pr. D. de praescriptis verbis.*
Pomponius:
Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo, ita, ut eum locum, unde exemissem, replerem: exemi nec repleo: Quaesitum est, quam habeas actionem? Sed certum est, civilem actionem incerti competere. Si autem vendidisti cretam, ex vendito ages. Quod si post exemtionem cretae replevero, nec patiaris me cretam tollere, tum agam ad exhibendum: *quia mea facta est, cum voluntate tua exemta sit.*

2) *L.* 6. *C. de donat.*
Nec ambigi oportet, donationes etiam inter absentes (et maxime, si ex voluntate donantium possessiones, hi, quibus donatum est, nanciscantur) validas esse.

3) *L.* 12. *C. de contrah. emt.*
Non idcirco minus emtio perfecta est, quod emtor fidejussorem non accepit, vel instrumentum testationis vacuae possessionis amissum est: *nam secundum consensum auctoris in possessionem ingressus, recte possidet:* pretium sane, si eo nomine satisfactum non probetur, peti potest: nec

---

a. a. O. in den Noten 9 und 10. allegirten, Schriftstellern noch hinzuzufügen ist.

enim, licet in continenti facta, poenitentiae contestatio consensu finita rescindit.

Bey dieser Art der Uebergabe, so wie bey derjenigen, welche durch eine Mittelsperson geschieht, indem der Veräußerer einem dritten aufträgt, dem Erwerber die Sache zu übergeben, kann der Fall vorkommen, daß der Veräußerer seinen Willen ändert, ehe denn der Erwerber Besitz wirklich ergriffen hat. Nämlich wenn jener die Erlaubniß, Besitz zu ergreifen, zurücknimmt, ehe denn dieser davon Gebrauch machte, so ist es ihm nicht länger vergönnt, Besitz zu ergreifen, und geschieht es dennoch, so ist die Sache nicht tradirt und das Eigenthum nicht verändert. Das Benutzen der zurückgenommenen Erlaubniß, Besitz zu ergreifen, enthält eine Art von Selbsthülfe. Denn Ulpian lehrt:

L. 6. D. de donat.

Qui saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa: *statim, cum lapis exemtus est, meus fit:* neque, prohibendo me evehere, efficit, ut meus esse desinat; *quia quodammodo traditione meus factus est.* Plane si mercenarius meus exemit, mihi exemit. Sed si is, qui a me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi jure eximere: *si, antequam eximat, me poenituerit, meus lapis durat:* si postea, ipsius factum avocare non possum. *Quasi traditio enim*

facta videtur, cum eximitur domini voluntate. Quod in saxo est, idem erit etiam, si in arbore caesa vel dempta acciderit.

Was ich in meinem Werk vom Eigenthum gelehrt habe, die Tradition, die durch Besitzergreifung mit Erlaubniß des weiter nicht thätigen Veräußerers geschieht, gehöre zu den Arten der erdichteten oder uneigentlich sogenannten Tradition, erhält durch diese Stelle Ulpians die vollkommenste Bestätigung, als welcher diesen Fall sogar mit einer gewissen Scheu der Tradition beyzählt. *Quodammodo* traditione meus factus est (lapis); — *quasi* traditio facta videtur, cum eximitur domini voluntate; — sagt ja Ulpian.

Mit dieser Art der Tradition körperlicher Sachen hat eine auffallende Aehnlichkeit, was bey unkörperlichen die Stelle der Tradition vertritt, nämlich die Ausübung des Rechts auf der einen Seite und die Duldung auf der andern.

§. 9.

Symbolische Tradition.

Bekanntlich kömmt dieser Ausdruck in den Schriften unsrer Rechtsgelehrten in doppelter Bedeutung vor. Einmal wird er mit Traditio ficta gleichbedeutend gebraucht; zweytens bezeichnet er eine Art derselben, nämlich die Ueber-

gabe einer Sache durch ein sie vorstellendes Zeichen. Diese letzte Art von Tradition kann nur eigentlich eine symbolische genannt werden; und ist auch von mir im Eigenthum nur also genannt worden, so wie ich denn diese auch jetzt nur im Sinne habe.

Sehr lieb wäre es mir, wenn sie sich aus dem Römischen Recht wegdemonstriren ließe. Denn, in der That, was soll hier ein Symbol, wo es darauf ankömmt, daß Jemand wirklich zum Besitz komme, daß er die physische Herrschaft der Sache selbst erlange?

Die einzige Stelle, worauf diese Art symbolischer Tradition beruht, ist die l. 1. C. de donat. Es ist leicht, mit den Schreibern der Gloſſen zu sagen, die Stelle spreche von einem Fall, wo die Uebergabe der Kaufbriefe in Gegenwart der verschenkten Sklaven geschahe. Dies anzunehmen, liegt in der Stelle selbst nicht die geringste Veranlassung [1]). Eher kann sie freilich von einem Constituto tacito erklärt werden. Dafür spricht der Umstand, daß dem Beschenkten eine dingliche Klage gegen den Schenkenden eingeräumt wird, dieser also die Detention der verschenkten Sklaven, wie es scheint, beybehalten hatte. Allein, wenn gleich beym Constituto eben das geschieht, was bey der Tradition [2]), indem der bisherige Besitzer

---

1) Glück Erl. der π. 8. Thl. S. 108.

2) L. 28. C. de donat.

den Besitz verliert, selbiger auf den neuen Erwerber übergeht, und jener fortan als bloßer Inhaber auf den Namen des neuen Erwerbers den Besitz fortsetzt; so geht hier doch bloß eine ideelle, in der Sinnenwelt nicht erscheinende Veränderung des Besitzes vor sich, kurz, es geschieht keine wirkliche Tradition und es ist daher sehr die Frage, ob die Römischen Rechtsgelehrten sich, wie in der angeführten Stelle des Codex, des Ausdruckes: Tradition, oder vielmehr: tradirt, nämlich ob sie sich desselben ohne weitern Beysatz, als rem traditam *videri* oder *pro tradita haberi* bedient haben würden. Zwar bey der allgemeinen Gütergemeinschaft werden die Güter der Genossen sogleich bey Eingehung der Gesellschaft ohne Tradition gemeinschaftlich und dies wird von den Römischen Rechtsgelehrten durch eine Traditio *tacita* erklärt; aber so gewöhnlich es auch ist, hier ein Beyspiel von einem *Constituto* tacito zu finden [3]), so ist es doch sehr die Frage, ob die Römischen Rechtsgelehrten hier an ein Constitutum gedacht haben, ob hier nicht vielmehr dem System zu Lieb eine Tradition wirklich fingirt sey [4]). Denn mit

---

3) s. z. B. *Gerhardt Noodt* Probabil. lib. 2. cap. 6. in fine. *Frommann* c. l. §. 49. v. Savigny Recht des Besitzes, S. 212.

4) Gerhard Noodt a. a. O. sagt auch nur: nec, opinor, cuiquam hac in specie est *aut* traditionis obscura fictio, *aut* possessionis constitutio: nam qui

eben dem Recht müßte ja bey einem jeden andern Vertrage ein Constitutum gleichfalls angenommen werden. Allenfalls kann man diesen Fall im System dem Constituto unterordnen, man muß aber hinzusetzen, daß es ein bloß fingirtes Constitutum sey, indem der animus constituendi hier weder ausdrücklich noch stillschweigend erklärt ist.

Vielleicht begründete bey veräußerten Sklaven die besondre Natur des Objects oder der Gebrauch eine Singularität; wobey das, was eigentlich tradirt wird, nämlich der Kaufbrief, in Beziehung auf die Tradition wirklich etwas Symbolisches an sich hatte, indem daraus, daß Jemand den Kaufbrief verschenkt, zwar zu schließen ist, er wolle das Object verschenken, worauf es lautet, da die Handlung sonst gar keine Bedeutung haben würde, nicht aber die Natur der Handlung den Schluß rechtfertigt, daß er das Object zugleich auch zu tradiren beabsichtigt und zwar in der Art, daß er es fortan nur im Namen des Erwerbers besitzen wolle.

§. 10.

Beweis der Tradition.

Wer die Tradition behauptet, muß nöthigenfalls, daß sie geschehen sey, beweisen. So man-

---

hactenus sibi res suas tenuit jure dominii, is nunc constituit, eas possidere ex causa societatis, non tantum sibi, sed et alii.

nigfaltig nun die Art der Tradition seyn kann, so verschieden kann auch das Factum seyn, was hier zu beweisen ist oder zu beweisen genügt. Durch das Geständniß eines Veräußerers, die Tradition sey geschehen, wird sie nicht bewiesen [1]). Die Tradition geschieht ja dadurch nicht, daß der Veräußerer sagt, sie sey geschehen. Im Streit mit ihm selbst oder seinem Erben würde aber doch er dies Geständniß gegen sich gelten lassen müssen, bis es ihm gelänge, das Gegentheil zu beweisen. Also nur einem Dritten kann ein solches Geständniß nicht nachtheilig seyn.

---

1) *Leyser* spec. 444. med. 5.

II.

Von dem Recht

des betrogenen Verkäufers, die überlieferte Waare als sein Eigenthum in Ansprache zu nehmen.

Eine

Abhandlung, wodurch zugleich bestätigt wird, was über den Erwerbtitel der Verfasser im Eigenthum gelehrt hat.

Dabey eine kleine Zugabe

über ein Beyspiel vom Betrug, was bey Cicero vorkommt.

Im Junius 1817.

Ueber die Frage, ob Betrug des Käufers den Uebergang des Eigenthums der überlieferten Waare hindere, sind die Meinungen der Rechtsgelehrten bekanntlich getheilt.

Die einen lehren: Der Kauf, zu dessen Eingehung der Verkäufer durch Betrug verleitet ward, ist ungültig. Eine Folge davon ist, daß das Eigenthum der veräußerten Sache auf den Empfänger nicht übergeht, und der Betrogene selbige von ihm und jedem dritten Besitzer, an den er die Sache weiter veräußert hat, vindiciren kann.

Die andern geben den ersten Satz zu, läugnen aber die daraus gezogene Folgerung, und sprechen dem Verkäufer gegen den dritten Besitzer ein Vindicationsrecht gänzlich ab.

So viel nun auch über diese Frage geschrieben ist, die, besonders bey Concursen, so häufig zur Sprache kommt, und worüber derjenige, welcher die Gesetze anwenden soll, um so mehr eine befriedigende Antwort von dem Theoretiker fordern kann, so ist sie doch, selbst durch die neuesten Versuche, noch ganz und gar nicht aufs Reine gebracht, und besonders wird auch der Zusammenhang der richtigen Beantwortung der Frage mit dem System des Civilrechts nicht gehörig erkannt.

Will man die aufgeworfene Frage richtig beantworten, so muß man zuvörderst eine andere aufwerfen, nämlich: was gehört zum Uebergang des Eigenthums durch Tradition?

Ich habe schon in meinem Werk vom Eigenthum gelehrt, der Irrthum oder die Meinungsverschiedenheit mache zwar den Vertrag ungültig, hindere aber nicht den Uebergang des Eigenthums, vorausgesetzt, daß beyde an Geschäfte dachten, welche das Eigenthum übertragen. Ferner: es sey nicht nöthig, daß wirklich ein Rechtstitel vorhanden sey, sondern es genüge, daß ein solcher als vorhanden geglaubt werde. Es komme hier überhaupt nur auf die Absicht an, Eigenthum geben und erwerben zu wollen [1]). Von der Richtigkeit dieser Ansichten überzeuge ich mich immer mehr, ja es bestärkt mich darin, was ich, meine Nachforschungen in jenem Gebiet fortsetzend, bey Frommann [2])

---

1) Meine Lehre vom Eigenthum, S. 136 und folg.

2) Frommann De traditione vera (Disput. jur. Tubingens.) §. 13. lehrt: Non tamen requirunt leges nostrae tituli *identitatem* in utroque tradente et accipiente. Nec etiam requirunt tituli *veritatem*, quum et putativa dominii causa sufficiat, modo uterque in causam dominii translativam, etiamsi putative, in genere consenserint. Ob eandem rationem etiam non requirunt tituli dominii translativi *validitatem*. Quod ipsum valde controvertitur

und Gerhart Noodt finde, welche gleichfalls die Meinung äußern, Identität des Titels bey beyden, und Wirklichkeit desselben verlangten zum Uebergange des Eigenthums die Gesetze nicht.

Also nicht Irrthum im Titel, nicht Mangel eines wirklichen Titels, und, wie hier mit Frommann [1]) hinzugesetzt wird, auch nicht Ungültigkeit desselben stehen dem Uebergang des Eigenthums im Wege. Das eine folgt aus dem andern. Denn, wenn nicht grade nöthig ist, daß

---

inter DD, non quidem ratione possessionis — verum ratione dominii, quod tamen omnino regulariter — transferri statuismus, arg. C. 53 et seq. de cond. indeb. L. 40. eod. L. 81. §. 3. D. L. 9. C. ad SCtum Vellejanum. tt. D. de cond. ob turpem causam junct. §. 40. J. de rer. div. L. 9. §. 3. D. de adq. rer. dom. nisi lex ipsam quoque traditionem infirmaret, uti id fecit in donatione inter conjuges per L. 3. §. 10. de donat. inter vir. et uxor. L. 36. pr. D. L. 20. C. eod. Eben so Gerhardt Noodt (de forma emend. doli mali cap. 15.). Non vult illa regula (nunquam nuda traditio transfert dominium, nisi venditio aut alia justa causa praecedat, propter quam traditio sequatur) ut dominium traditione mutetur, utique praecedere causam *veram* et *jure firmam:* sed praecedere venditionem aut similem causam, ob quam dominium transferri solet: sive ea vera praecedat, sive praecedere tradentis spe aut opinione *praesumatur*.

1) S. die vorhergehende Note.

ein wirklicher Titel vorhanden sey, wie sollte denn ein gültiger nothwendig erforderlich seyn? Vielmehr der nicht wirkliche und der ungültige Titel sehen sich einander so ähnlich, wie ein Ey dem andern, und beyde kommen darin überein, daß keinem fehlt, was hier allein in Betrachtung kommt, nämlich der auf Veränderung des Eigenthums gerichtete einstimmige Wille.

Nun kann es aber seyn, wie hier beyläufig zu erwähnen ist, um Mißdeutungen zu verhüten, daß nicht bloß der Vertrag ungültig ist, sondern daß die Gesetze selbst die Uebergabe oder mit a. W. daß sie die durch Tradition vollendete Veräußerung mißbilligen, wie dies bey Schenkungen unter Ehegatten der Fall ist [1]), da freilich versteht es sich, daß die Tradition das Eigenthum nicht verändern kann, aber von Fällen dieser Art ist hier nicht die Rede.

Man kann hiernach als Regel annehmen, durch Tradition wird das Eigenthum verändert, wenn sie in der Absicht geschah, Eigenthum zu geben und zu empfangen. Nur dann verändert sie es nicht, wenn die Gesetze die Veräußerung mißbilligen; — auch, wie sich von selbst versteht dann nicht, wenn es den Personen an der Fähigkeit gebricht, dieses Object zu veräußern oder zu erwerben; endlich nicht, wenn der Irrthum das Object betrifft, denn bey dem

---

1) S. die vorletzte Note.

Irrthum im Object fehlt der Wille, diese Sache zu veräußern oder zu erwerben.

Zwar erfordern die Römischen Gesetze „justam causam, propter quam traditio sequeretur,“ wenn durch Tradition Eigenthum übergehen soll, aber causa ist hier *justa*, wenn sie auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet, also z. E. Kauf, Schenkung, *injusta*, wenn sie es nicht, sondern z. E. Pacht, Commodat [2]) u. s. w. ist. Das bloße Factum der Uebergabe ist leer und ohne Bedeutung; es muß ein auf Veränderung des Eigenthums gerichtetes Geschäft vorhergehen, oder damit zusammen fallen, und dieses auch nur in so ferne, als darin der Wille enthalten ist, durch diese Handlung Eigenthum zu geben und zu erlangen, so daß also, ich mögte sagen, die nachfolgende Handlung durch die vorhergehende ihre Erklärung erhält. Dies war die Meinung der Gesetze, wenn sie auch nicht so deutlich, wie hier, ausgesprochen ward.

Hiermit steht auch in Verbindung, was man sagt: Traditio sequitur naturam tituli. Im Grunde heißt dies nichts weiter, als der Titel gibt, wenn ich so sagen darf, bey der Nachfrage Auskunft darüber, wie es mit der Tradition eigentlich gemeint gewesen sey, auf welche Art, unter welchen Bedingungen der Besitz übertragen

---

2) *Frommann* c. l. §. 8. p. 10.

worden, welche Art von Besitz und Recht durch sie habe erworben werden sollen [1]).

Nachdem nun auf solche Weise die aufgeworfene Präliminarfrage beantwortet worden, wird der Leser schon im Allgemeinen errathen haben, wie die aufgeworfene Hauptfrage hier entschieden werden wird.

Ein Negotium bonae fidei, zu dessen Eingehung der eine Contrahent vom andern durch Betrug verleitet ist, ist ipso jure ungültig [2]); dies hindert aber nicht, daß die in Folge eines solchen Geschäfts geschehene Uebergabe gültig seyn und das Eigenthum dadurch verändert werden sollte [3])

---

1) Meine Lehre vom Eigenthum, S. 173.

2) L. 7. pr. D. de dolo malo. L. 3. §. ult. D. pro socio. L. 16. §. 1. D. de minor.

3) *Frommann* c. l. §. 14. *p.* 15. Et hoc etiam, quod nempe dominium transferatur, procedere dicimus in traditione ex contractu dominii translativo bonae fidei, cui dolus causam dedit, etiamsi contractum ipso iure nullum reddat. *Gerhard Noodt* c. l. c. 15. — nec putandum est, quod volunt doctissimi interpretes, traditionem, si fiat a venditore, qui ab emtore sit dolo malo inductus ad vendendum, similiter possessionem transferre, dominium non transferre. — Ubi venditor ab emtore ad vendendum est inductus dolo malo, tum non traditio venditori interdicitur, sed ejus exactio emtori denegatur.

Der Beweis für die Richtigkeit dieses Satzes kann, so scheint es, auf doppelte Art geführt werden:

1. Wir haben gesehen, daß Irrthum den Uebergang des Eigenthums nicht hindert, er beziehe sich denn auf das Object [1]). Nun schließt aber der Betrug auf Seiten des Betrogenen Irrthum in sich. Durch seines Mitcontrahenten Arglist wird eine falsche Vorstellung in ihm erregt, er dadurch zur Eingehung des Geschäfts und in Folge dessen zur Tradition verleitet.

Wirklich wird auch von Martin die Gültigkeit der Tradition aus demjenigen hergeleitet, was über den Irrthum Rechtens ist.

Martin, der neueste Schriftsteller über die Frage, welche den Gegenstand dieser Abhandlung ausmacht [2]), lehrt: Der betrogene Verkäufer verliere das Eigenthum durch die Tradition, der Betrüger erwerbe es. (So weit ist Martins

---

1) L. 36. D. de adq. rer. dom. L. 18. pr. D. de reb. cred.

2) Heidelberger Rechtsgutachten, Nr. 7. S. 293. folg. Es kann auch seyn, daß ein Anderer, als Martin, der Verfasser ist. S. die Vorrede des angeführten Werks, S. 7. Zufolge dieser Vorrede rühren einige Abhandlungen von Thibaut, einige von Heise her. Es ist aber bey keiner der Verfasser namentlich angegeben. Der Kürze wegen will ich im Text sagen Martin; der Leser mag hinzudenken: oder Thibaut oder Heise.

Meinung gegründet, wir werden aber hernach sehen, wie er sie durch das, was er hinzusetzt, modificirt, und durch diese Zusätze leider! in den alten Irrthum zurückfällt.). Den Grund setzt Martin darin: der dolus causam dans bewirke nichts, als einen Irrthum in den Beweggründen, ein solcher Irrthum werde aber von den Römern nicht als ein die Zustimmung ausschließender error essentialis behandelt. —

Ich weiß nicht, ob grade dieser Satz, nämlich Irrthum in den Beweggründen schließe die Zustimmung nicht aus, hieher gehöre. Bey Thibaut [1]), der ihn zuerst aufstellte, und den Martin auch als Gewährsmann aufführt, lautet er so: Irrthum in Ansehung der Beweggründe bewirkt nicht, daß das Geschäft ungültig seyn sollte. (Damit meint Thibaut freilich auch den Vertrag; denn von der Wirkung des Irrthums bey Verträgen handelt Thibaut.) Dieser Satz, hier angewandt, würde zuviel, würde mehr beweisen, als Martin dadurch beweisen will; er würde nämlich beweisen, daß auch der Vertrag selbst, des Betrugs ungeachtet, gültig sey, was Martin doch nicht behauptet.

Hiervon abgesehen, wollen wir bey dem oben aufgestellten Satz: der Irrthum hindere den Uebergang des Eigenthums nicht, folglich auch nicht

---

1) Versuche 2. Thl. S. 103. u. folg. der neuen Auflage.

der durch Dolus hervorgebrachte, noch einstweilen stehen bleiben.

Ist nämlich überhaupt aus diesem Satz die richtige Beantwortung der aufgeworfenen Frage herzuholen, so kann dagegen eingewandt werden: da das Geschäft, zu dessen Eingehung der Contrahent durch Betrug verleitet worden, ipso jure ungültig war, so hat der Betrogene durch die Tradition ein indebitum entrichtet [1]), der Betrüger aber es mala fide empfangen. Unter diesen Umständen findet Anwendung, was die Gesetze in Fällen, da jemand eine Nichtschuld wissentlich als eine Schuld entgegen nimmt, verordnen nämlich, daß er als ein Dieb zu betrachten ist, und das Eigenthum der empfangenen Sache nicht erwirbt. [2]) Allein, dieser Einwurf ist leicht zu widerlegen. Einmal hat schon Martin [3]) mit Recht bemerkt: wer wissentlich eine Nichtschuld empfängt, könne zwar als Dieb betrachtet werden, weil er wirklich die Absicht hat, das Vermögen des Andern ohne Vergeltung zu verringern; dies sey aber auf den Käufer, der sich zu einer Gegenleistung verpflichte, nicht anwendbar. (Was Martin sagt, würde freilich nicht bloß auf den

---

1) L. 54. D. de cond. indeb.

2) L. 18. de cond. furt. *L. 43. pr. D. de furtis* Falsus creditor (hoc est is, qui se simulat creditorem) si quid acceperit, furtum facit, nec nummi ejus fiunt.

3) Heidelberger Rechtsgutachten Nr. 7. S. 310.

Kauf, sondern auf jeden andern zweyseitigen Vertrag eben so gut anwendbar seyn.) Dann zweytens scheint es mir, es könne jener Satz hier überhaupt nie zur Anwendung kommen, und zwar deshalb nicht, weil mit der Ungültigkeit des Geschäfts nicht nothwendig das Bewußtseyn des Empfängers über diese Ungültigkeit und den Empfang einer Nichtschuld verbunden ist. Auch namentlich hier bey dem Betrug ist man wenigstens im Allgemeinen nicht berechtigt, anzunehmen, der Zahlende halte sich für verpflichtet, der Empfänger wisse dies, halte sich nicht für berechtigt, und nehme nur das Ansehen eines Gläubigers an. Ja, hier tritt noch der besondere Umstand hinzu, daß der Vertrag nur überhaupt ungültig ist, wenn der Betrogene ihn nicht gelten lassen will.

Aber je sorgfältiger ich die Frage, welche den Gegenstand dieser Abhandlung ausmacht, erwogen habe, je mehr ist es mir klar geworden, es sey nicht der Irrthum, der uns hier aufs Reine bringen könne. Er kann zwar zum Leitstern dienen, um uns auf die rechte Bahn zu bringen, insofern als aus dem, was vom Irrthum Rechtens ist, wir auf das Princip geführt werden, worauf es bey der Tradition, als Erwerbart des Eigenthums, ankommt — weshalb seiner auch sogleich zu Anfange erwähnt ward —; aber der Beweis für den oben aufgestellten Satz und die Entscheidung unserer Frage ist nicht aus ihm, sondern vielmehr

2. daraus zu entnehmen, daß die Tradition nicht nothwendig einen gültigen, eben so wenig wie einen wirklichen, Rechtstitel voraussetzt, daß es vielmehr genug sey, daß sie in der Absicht geschieht, das Eigenthum zu verändern, daß es auf diese Absicht hauptsächlich ankomme, und über selbige, die todte Handlung der Tradition belebend, ein ungültiger Rechtstitel eben so gut Auskunft gibt, wie ein gültiger. Hieraus ist der Beweis zu entnehmen, daß, des Betrugs ungeachtet, der Betrogene durch Tradition zum Eigenthum gelangt. Des Irrthums kann dabey allenfalls nebenher gedacht werden. Es kann nämlich daran erinnert werden, daß dem Uebergange des Eigenthums, welcher durch die Tradition bewirkt werde, der Irrthum nicht im Wege stehen könne. weil er die Absicht, durch diese Handlung Eigenthum zu geben, nicht ausschließt, es sey denn, daß er das Object betrifft. Denn, wenn auch der Betrogene durch den Betrug zur Eingehung des Vertrags und zur Tradition verleitet ward, so will er doch die Tradition und die Veränderung des Eigenthums, obgleich er, von der Wahrheit unterrichtet, vielleicht nicht wollen würde; aber irrt er im Object, so will er das Object nicht tradiren, an diesem Object das Eigenthum nicht aufgeben. Hier ist nur ein Scheinwille, dort ein wirklicher Wille, obgleich durch Schein hervorgebracht. —

Also nicht aus der Lehre vom Irrthum ist

jener Beweis, jene Entscheidung zu erwarten. Ueberhaupt haben die Römischen Rechtsgelehrten auf den Irrthum meines Wissens nirgends Rücksicht genommen, wenn von einem Vertrage die Rede ist, zu dessen Eingehung der eine Contrahent durch Betrug verleitet ward. Wäre auf den Irrthum Rücksicht genommen, so hätte der Vertrag ungültig seyn müssen, ohne Unterschied, ob von einem negotio bonae fidei oder stricti juris die Rede ist. Im Gegentheil wird der Vertrag als gültig behandelt, nämlich, wenn vom strengen Recht die Rede ist, also bey den negotiis stricti juris, und gewissermaaßen nur Ausnahmsweise als ungültig (obgleich die Ausnahmen häufiger sind, als die Regel), wenn auf Billigkeit gesehen wird, also bey den negotiis bonae fidei. Dort, wo das strenge Recht vorwaltet, besteht, was Betrug hervorgebracht, ungeachtet des Betrugs zu Recht; aber bey Geschäften, welche zur Redlichkeit besonders verpflichten, wobey besonders darauf gesehen wird, daß Treu und Glaube aufrecht erhalten werde, das Moralische der Handluug in Betrachtuug kommt und Billigkeit das strenge Recht mildert, dort nur macht Betrug das Geschäft, den Handel ungültig, während bey jenen der Praetor sich ins Mittel legen muß.

Den Beweis des Satzes, daß, ungeachtet des Betrugs, und der daher entstehenden Ungültigkeit

des Vertrags, das Eigenthum durch Tradition verändert werde, unterstützt

3. der Umstand, daß der durch Betrug hervorgebrachte Vertrag nur dann ungültig ist, wenn der Betrogene ihn nicht gelten lassen will. Der Vertrag ist zwar (bey negotiis bonae fidei) schon ipso jure (civili) ungültig, doch nur in so weit, daß der Betrogene, wenn er will, davon abgehen kann. Wird er aus dem Vertrag belangt, so hat er nicht nöthig, ihn zu erfüllen, und hat er ihn erfüllt, so kann er mit der Klage aus dem Contract das Gegebene zurückfordern [1]). Ist Erfüllung oder Zurückgabe unmöglich, z. E. der Betrüger besitzt die Sache nicht mehr, so findet die Klage aus dem Contract auf Id quod interest Statt [2]). Er kann aber auch, wenn es ihm so gefällt, den Vertrag gelten lassen, und der Betrüger hat nicht das Recht, was nur dem Betrogenen zusteht, von dem Vertrage abzugehen, wenn jener ihn gelten lassen will. Von dem Vertrage abzugehen, ist eine Wohlthat für den Betrogenen. [3]) Hiermit steht nicht in Widerspruch, daß nach Ulpian von Seiten des Betrügers gegen den Betrogenen

---

1) L. 11. §. 5. D. de act. emt. et vend.

2) L. 62. §. 1. D. de contr. emt. L. 9. §. ult. L. 11. D. de minor. *Gerhard Noodt.* c. l. §. 10.

3) *Gerhard Noodt.* c. l. §. 9. verbis: At quid si hic stare velit contractum etc.

geklagt werden kann, „ut *aut* stetur emtioni *aut* ab ea discedatur.“ [1])

Indem ich mich nun im Allgemeinen zu der Meinung bekenne, daß, ungeachtet des Betrugs, die in Folge des Verkaufs geschehene Tradition das Eigenthum verändert, halte ich dafür, daß dieser Grundsatz mit Consequenz durchzuführen sey, und daß die Rechtsgelehrten dieser Parthey sehr irren, wenn sie, sich selbst ungetreu, nur gegen den dritten Besitzer die Vindication nicht zulassen. Diesen Irrthum hegt namentlich der neueste Schriftsteller über unsere Frage, Martin, ja er setzt noch einen neuen hinzu, indem er nur den titulirten dritten Besitzer gegen den betrogenen Verkäufer und dessen Vindication in Schutz nimmt.

Martin [2]) lehrt: das Geschäft durch Betrug hervorgebracht, sey bis zur Erklärung des Betrogenen als gültig zu behandeln, erst durch diese Erklärung werde es ungültig. Der Betrüger habe bis zu dieser Erklärung ein interimistisches aber revocables Eigenthum. Die Revocabilität äußere sich bekanntlich doppelt, entweder ex nunc oder ex tunc, das heißt, entweder bloß gegen den Empfänger, oder auch gegen die, an welche er die Sache weiter veräußert habe. Im

---

1) L. 13. §. 27 et 28. D. de act. emti. vend.
2) Heidelberger Rechtsgutachten Nr. 7. §. 9 u. 10. S. 305 u. folg.

gegenwärtigen Fall äußere sie sich ex nunc, d. h. nach Martin, bloß gegen den Empfänger, außerdem aber auch gegen den dritten untitulirten Besitzer. Es lasse sich dies aus einer Stelle des Paulus folgern, wonach der Dolus seines Autors dem neuen Erwerber, der die Sache bona fide erstanden (also nur diesem, folglich nicht dem untitulirten Besitzer), weder vortheilhaft noch nachtheilig seyn solle. [1])

Ein interimistisches Eigenthum scheint auch Gerhard Noodt [2]) dem Käufer nur beyzulegen. Er sagt nämlich:

> Dicamus igitur — hic traditionem neque improbari, neque prohiberi ab initio, et factam citra actionem ex vendito, citraque judicis officium, non videri nullam, quin *interim* dominium transferri in emtorem.

Indem ich mich auf das Nothwendige beschränke, erwiedere ich hierauf: Man vermischt hier den Handel, und das in Folge der Tradition erlangte Eigenthum. Die Ungültigkeit des Handels ist auf die Tradition ohne allen Einfluß. Man kann davon ganz abstrahiren, denn, wie gesagt, es kommt bloß auf den Willen an, oder die Ab-

---

1) *L.* 37. *D. de act. emti et vend.* Sicut aequum est, bonae fidei emtori alterius dolum non nocere, ita non est aequum, eidem personae venditoris sui dolum prodesse.

2) c. l. cap. 15. in fine.

sicht, die bey der Tradition vorhanden ist, das Eigenthum zu übertragen. Der Handel ist immer ungültig, obgleich es von dem Betrogenen abhängt, ob er von seinem Recht Gebrauch machen will, die Tradition aber gilt immer, kann als ungültig nicht angefochten werden, und gewährt dem Empfänger Eigenthum, was an und für sich unwiederruflich ist. Nur ein persönliches Recht steht dem Betrogenen zu, darauf anzutragen, daß er gegen die schädlichen Folgen des Betrugs in Schutz genommen werde. Er kann aus dem Kaufcontract klagen, daß dieser für ungültig erklärt, die Sache ihm zurückgegeben, oder Schadenersatz ihm geleistet werde. An mehr als einer Stelle behauptet Noodt selbst, die Klage, deren der Verkäufer sich zu dem einen oder andern Zwecke bedient, sey die actio emti, wie dies auch die Gesetze deutlich genug angeben. Das Eigenthum des Betrogenen Verkäufers ging durch die Tradition verloren; er kann es daher weder gegen den Käufer, noch gegen einen, obgleich unrechtmäßigen oder, wie Martin sagt, untitulirten dritten Besitzer durch Vindication geltend machen (wie könnte auch die Wirkung länger dauern als die Ursache!); nur ein Forderungsrecht gegen die Person des Käufers und dessen Erben steht ihm zu und wenn er mit Erfolg davon Gebrauch macht, weil die Sache noch in dessen Besitz ist, dann wird er wieder Eigenthümer durch Retradition. Es ist daher nicht

nöthig, sich auf den Satz des Paulus zu berufen, um zu beweisen, daß die Sache vom dritten Besitzer (nach Martin, dem dritten titulirten Besitzer) nicht vindicirt werden könne. Die Regel: der Dolus seines Auctors darf dem neuen Erwerber weder nützen noch schaden, — eine Regel, welche in der Natur der Sache gegründet, und von den Römischen Rechtsgelehrten auch nur aus dieser Quelle geschöpft ist, — gehört gar nicht hieher. Sie kommt bey der Verjährung zur Anwendung. Der Dolus des Auctors nützt dem neuen Erwerber nicht, daher kann er sich die Zeit des Besitzes seines Auctors nicht zu Gute rechnen; er schadet ihm nicht, daher kann er eine Verjährung ex sua persona anfangen. Diejenigen könnten sich allenfalls darauf berufen, welche läugnen, daß durch die Tradition, welche in Folge eines ungültigen Rechtstitels geschieht, Eigenthum erworben werde, und die dabey behaupten, daß dennoch gegen den dritten Besitzer keine Vindication Statt finde; — es gibt solche — und wirklich haben sie sich darauf berufen. [1]) Aber auch diese berufen sich vergebens darauf. Denn wäre wegen des Dolus des Auctors kein Eigenthum auf diesen übergegangen, so würde

---

1) Z. B. Westphal in der Abhandlung von den Fällen, in welchen der Eigenthümer seine in die dritte Hand geliehenen Sachen entweder gar nicht, oder nicht unentgeltlich abfordern kann. Halle 1787. §. 44. u. folg.

auch derjenige kein solches erworben haben, an welchen die Sache von ihm weiter veräußert ward, und wenn der Betrogene die Sache vom dritten Besitzer vindicirte, so könnte dieser nicht einwenden: der Dolus meines Auctors darf mir nicht schaden. Sein Gegner würde erwiedern: Der Dolus Deines Auctors soll Dir auch nicht schaden, Du leidest Schaden dadurch, daß er Dir eine Sache verkaufte, die ihm gar nicht gehörte.

Also der Dolus des Käufers hinderte den Uebergang des Eigenthums durch Tradition nicht, an diesen Satz halten wir uns. Es folgt daraus, das Eigenthum des Verkäufers hat aufgehört, ihm steht weiter kein dingliches, nur ein persönliches Recht gegen den Käufer und dessen Erben auf Zurückgabe der Sache oder Schadensersatz steht ihm zu.

Erst jetzt ist es Zeit, die Gesetze reden zu lassen, welche, indem sie nun leicht zu erklären sind, alles dies deutlich genug bestätigen. Zugleich wird dadurch bestärkt, was über den Erwerbtitel gelehrt worden, daß nämlich der Mangel eines gültigen Erwerbtitels dem Uebergang des Eigenthums durch Tradition überhaupt nicht im Wege stehe; — wie auch, daß nicht um des Irrthums willen (der auch nur ein einseitiger seyn würde) ein durch Dolus hervorgebrachter Vertrag ungültig sey, sondern wegen verletzter Redlichkeit.

1) *L.* 11. *§.* 5. *D. de act. emti et vend.*
Ulpianus.
Si quis virginem se emere putasset, quum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verumtamen *ex emto* competere actionem ad resolvendam emtionem, et praetio restituto mulier reddatur.

2) *L.* 5. *C. D. rescind. vend.*
Si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse Praeses Provinciae aditus animadvertit: *sciens contrarium esse bonae fidei, (quae in hujusmodi maxime contractibus exigitur)* rescindi venditionem jubebit. Quod si jure perfecta venditio est a majore viginti quinque annis, intelligere debes, consensu mutuo perfectam venditionem resolvi non posse.

3) *L.* 10. *C. ead.*
Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum: non adversus eum, in quem emtor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit. [1])

---

1) Die Vergleichung dieser Stellen unter einander und mit L. 7. pr. de dolo malo L. 3. §. ult. D. pro socio L. 16. §. 1. D. de minor. ergibt, daß durch Rescin-

Ausdrücklich wird dem Betrogenen die Vindication gegen den dritten Besitzer abgesprochen. Man kann aber nach dem System des Römischen Rechts mit Sicherheit annehmen, daß, wenn eine Sache vom dritten Besitzer nicht vindicirt werden kann, eine solche Klage auch gegen den Auctor desselben nicht Statt finde. Das Gegentheil führt auf die Absurdität, daß Jemand dem Andern etwas geben könne, was er selbst nicht hatte, nämlich Eigenthum. Ist der dritte Eigenthümer geworden, so muß auch sein Auctor es gewesen seyn, und war dieser Eigenthümer, so konnte der erste Veräußerer es nicht seyn, folglich die Sache nicht vindiciren. Zum Ueberfluß ist auch in den Gesetzen nur von einer persönlichen Klage die Rede, welche

---

dere und in integrum restituere keine prätorische Restitution, überhaupt keine Restitution gegen ein stricto jure gültiges Geschäft, sondern nur richterliche Hülfe zur Verrichtung des Geschäfts und dessen schädlichen Folgen gemeint sey. Namentlich kann in der letzten Stelle das Restituere in integrum durch Wiederherstellung in die vorige Lage, wie sie durch Entschädigung geschieht, und ein Beschädigter sie fordern kann, erklärt werden. Gegen den ipso jure ungültigen Vertrag bedurfte es keiner Restitution, und daß gegen die durch Tradition vollendete Veräußerung keine Restitution Statt finde, und das verlorne Eigenthum des Betrogenen nicht wiederhergestellt werde, erhellt schon daraus, daß der Imperator diesen dann nicht an seinen Contrahenten verwiesen haben würde.

dem Betrogenen gegen den Betrüger zusteht, um zu der veräußerten Sache wieder zu gelangen, und dies folgt aus dem aufgestellten Satz: der Dolus hindert den Uebergang des Eigenthums durch Tradition nicht, wenn man nur consequent ist, genau, bestätigt ihn auch zugleich, und wiederum steht, wie hier gezeigt ist, dieser Satz mit der Lehre vom Erwerb durch Tradition in einem so festen Zusammenhange, daß an der Richtigkeit alles dessen nicht der leiseste Zweifel übrig bleiben kann, und die einzelnen Sätze des Römischen Rechts in dieser Sphäre auf das Beßte zusammenstimmen.

Zweyerley verdient noch am Schluß bemerkt zu werden:

1. Wie dem Betrogenen vermöge des Contractes, welcher als contractus bonae fidei zur Redlichkeit verpflichtet, nur ein Recht zusteht, seine Sache oder Entschädigung von seinem Mitcontrahenten zu fordern, kein Eigenthum und keine Vindication; so kann der dritte selbst dann nicht in Ansprache genommen werden, wenn er, als er die Sache erwarb, von dem Betruge seines Auctors unterrichtet war. Zwar behauptet Schömann [1]), in diesem Fall sey die actio doli gegen ihn begründet. Allein, dieser Behauptung fehlt es an allem Beweise. Der Auctor des dritten Besitzers war Eigenthümer und durfte als solcher

---

1) Handbuch des Civilrechts 2. Bd. S. 114.

die Sache veräußern. Der dritte Besitzer konnte immerhin um den Betrug seines Auctors wissen, da dieser dem Uebergang des Eigenthums nicht im Wege stand. Der bloße Umstand auch, daß Jemand von dem Betruge unterrichtet ist, den ein Anderer beging, macht ihn nicht zum Theilnehmer des Betrugs, und gegen einen dritten Besitzer, der nicht Theilnehmer des Betrugs war, findet die actio de dolo nicht Statt.

2. Für den Concurs der Gläubiger ergibt sich daraus, daß dem Betrogenen kein dingliches Recht zusteht, die Folge, daß, wenn die Sache noch unveräußert unter dem Vermögen des Gemeinschuldners vorhanden ist, der Betrogene nicht begehren kann, daß die Sache selbst an ihn zurückgegeben werde. Denn, da die Gläubiger keine successores universales des Gemeinschuldners und nicht verbunden sind, Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners zu erfüllen, welche in persönlichen Rechten anderer gegründet sind, so haben sie auch nicht nöthig, dem Betrogenen Sachen, welche in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangen sind, zurückzugeben (was ein Uebergeben in sich enthält) und ihn dadurch zum Eigenthümer wieder zu machen; eben so wenig, wie die Gläubiger verbunden sind, Sachen, welche der Gemeinschuldner verkauft und noch nicht übergeben hatte, an den Käufer verabfolgen zu lassen. Es bleibt daher dem Betrogenen nichts weiter übrig,

als sich wegen des Kaufgeldes oder seiner Entschädigung in den Concurs einzumischen.

Eine kleine Zugabe.

Ueber ein Beyspiel, dessen Cicero gedenkt.

Bey Gelegenheit der vorigen Untersuchung schlug ich im Cicero nach, um zu sehen, welche Ansichten vom Betrug bey diesem rechtsverständigen Philosophen zu finden seyn möchten. Ob ich nun gleich nichts fand, was hier anzuführen nöthig gewesen wäre, so stieß ich doch bey dieser Gelegenheit auf ein Beyspiel von Betrug, was Cicero für ein solches gibt, was, wenn es ein solches wäre, auch bey uns häufig vorkommen würde, dem ich jedoch quaestionem status zu machen geneigt seyn möchte.

Cicero [1]) rechnet es nämlich zu den Fällen des Betrugs, wenn bey öffentlichen Versteigerungen vom Verkäufer ein dritter aufgestellt wird, welcher zum Schein mitbietet, um den Preis der Waare in die Höhe zu treiben.

Wäre dies überhaupt Betrug, so würde es seyn, was wir dolus incidens nennen. Der Käufer wird dadurch nicht zum Kaufen, sondern für die Waare mehr zu geben verleitet, als er sonst gegeben haben würde. Aber dies letztere, dünkt

---

1) de officiis 3. 15.

mich aber, sind wir keineswegs anzunehmen berechtigt. Es hing ja immer von dem Verkäufer ab, den Preis seiner Waare zu bestimmen und ob er dies geradezu erklärt, oder ob er Jemanden aufstellt, der für ihn bietet, scheint gleichgültig zu seyn. Betrogen wird der Kaufliebhaber in dieser Rücksicht nur dann, wenn in ihm eine falsche Vorstellung von dem höhern Werth der Waare erregt wird. [1])

In den meisten Fällen weiß der Kaufliebhaber ohnehin, wie er mit jenem Dritten daran ist, was für eine Bewandniß es mit seinem Bieten hat, nämlich daß er nur ein imaginarius emtor sey, kein wirklicher emtor oder vielmehr emturiens, und dann kann vollends von einem Betruge die Rede nicht seyn.

---

1) Dies war der Fall in dem Beyspiel, was in den π. vorkommt, *L. 49. pr. D. de act. emt. et vend.* Qui per collusionem imaginarium colonum, circum veniendi emtoris causa supposuit, ex emto tenetur; nec defenditur, si, quo facilius excogitata fraus occultetur, colonum et quinquennii pensiones in fidem suam recipiat.

IV.

Ueber
die Contracte,
welche wir
mit den Handwerkern schlicßen;
imgleichen
über die Contracte
mit dem Schiffer.

Zur Belehrung practischer Juristen.

Im Junius 1817.

Im Januar 1814

I.

Contracte mit den Handwerkern.

Mit keiner Klasse von Menschen werden so häufig Contracte eingegangen, als mit den Handwerkern. Kaum flieht die Nacht, so setzen sich Millionen Beine und Arme in Bewegung, sie zu schließen, sie zu erfüllen. Und doch mögten unter den practischen Juristen wohl manche seyn, welche diese so gewöhnlichen, sich täglich, ja jeden Augenblick wiederhohlenden Geschäfte des gemeinen Lebens nicht gehörig zu classificiren verständen, die einen Kauf- mit einem Miethscontract, wohl gar einen Miethscontract mit einem Mandat verwechseln; und doch fiel es, meines Wissens, noch keinem Theoretiker ein, ihnen eine eigne Abhandlung zu widmen, und jene hierüber zu belehren. Es werde also von mir der Versuch gewagt, diesem Mangel einigermaaßen abzuhelfen. Dabey wird es nicht nöthig seyn, eines jeden einzelnen Handwerkers zu gedenken. Ich werde mich darauf beschränken können, die allgemeinen Grundsätze anzugeben, wovon jeder die Anwendung auf besondere Fälle leicht machen kann, und einige Geschäfte, in Ansehung deren es nöthig seyn möchte, besonders hervorzuheben.

§. 1.

Davon im Allgemeinen.

Die sämmtlichen Contracte, die wir mit den Handwerkern schließen, lassen sich auf zwey zurückführen, nämlich auf den Kauf- und auf den Miethcontract. [1])

Kauf und Miethe unterscheiden sich dadurch von einander: Bey jenem ist es eine Sache, und zwar die Sache selbst, welche den Gegenstand des Contracts ausmacht! bey dieser besteht das Object des Vertrags in dem Gebrauch einer Sache oder in Arbeit, die ein anderer für uns zu leisten verspricht.

Wir haben also mit dem Handwerksmann einen Kauf geschlossen, wenn er uns seine Waare gegen einen Preis überläßt; hingegen einen Miethscontract, wenn er uns den Gebrauch seiner Sache gegen eine Vergeltung in Gelde überließ, oder, wenn die Sache uns gehörte, und wir sie ihm hingaben, damit er sie für eine solche Vergeltung bearbeite, oder, wenn

---

1) Wenigstens sind dies die gewöhnlichen Arten. Möglicher Weise kann es auch ein anderes Geschäft seyn, was mit einem Handwerksmann eingegangen wird, namentlich ein unbenannter Contract, wenn ihm keine Vergeltung in Gelde, sondern etwas anders gegeben wird, z. B. do ut facias oder facio ut des. §. 2. J. de loc. et cond.

die Dienste nicht an unsern Sachen, sondern auf andere Art, z. B. an unserm Körper, geleistet werden sollen.

Mit manchen Handwerkern sind die Geschäfte von so einfacher Art, daß es nicht einen Augenblick zweifelhaft seyn kann, zu welcher Klasse sie gehören, z. B. wird in dem Laden des Bäckers der Kaufcontract jeden Augenblick geschlossen und erfüllt. Eben so gehört der Vertrag mit dem Barbier ohne Zweifel unter die Categorie des Dienstmiethvertrags. [1])

Andere Geschäfte gibt es, die, weil sie nicht ganz so einfach sind, dem Zweifel Raum geben, z. B. wenn wir einen Fuhrmann zu einer Reise dingen, haben wir ohne Zweifel einen Miethscontract mit ihm geschlossen, aber welche Art von Miethscontract? Hat er uns den Gebrauch seiner Sache, hat er uns seine Dienste vermiethet? Ich denke, Beydes. Es ist hier ein Geschäft von gemischter Art vorhanden. In so fern der Fuhrmann uns den Gebrauch von Pferden und Wagen überläßt, hat er uns eine Sache; in so fern er uns

---

1) Zu den factis, quae locari solent, wird von den Gesetzen selbst das Malen oder Verfertigen von Gemälden gerechnet. *L.* 5. §. 2. *D. de praescr. verbis.* At cum do, ut facias: si tale sit factum, quod locari solet, *puta, ut tabulam pingas,* pecunia data locatio erit etc.

selbst fahren, oder durch seinen Knecht fahren lassen will, seine Dienste vermiethet. [1])

Von gemischter Art scheint auch das Geschäft zu seyn, wenn wir einem Handwerksmann den Auftrag machen, eine Sache für uns zu verfertigen, in der Art, daß er den Stoff von dem Seinigen hinzuthun soll. Ist der Stoff der unsrige und jener soll ihm bloß die Gestalt geben, und für seine Arbeit bezahlt werden; so ist, wie gesagt, ein reiner Dienstmiethvertrag vorhanden, z. B. wir geben dem Schneider ein Stück Tuch, damit er ein Kleid daraus verfertige. Wenn aber der Handwerksmann Beydes, Stoff und Arbeit, hergeben soll, z. B. wir bestellen bey dem Schuster ein Paar Stiefeln, oder bey dem Goldschmid einen silbernen Löffel, hier scheint es, daß theils ein Kaufcontract, theils ein Dienstmiethvertrag geschlossen sey. Wirklich war unter den Römischen Juristen

---

1) Bey dieser Gelegenheit verdient, bemerkt zu werden. Der Fuhrmann trägt die Abgaben, welche von Pferden und Wagen zu erlegen sind, der Miether diejenigen von der Fracht, und, würde die Abgabe auch ohne Rücksicht auf die Fracht vom Wagen schon allein gefordert seyn, fällt sie jenem ausschließlich zur Last. *L.* 60. §. 8. *D. Loc. Cond.* Vehiculum conduxisti, ut onus tuum portaret et secum iter faceret; id quum pondem transiret, redemtor ejus pontis portorium ab eo exigebat: Quaerebatur, an etiam pro ipsa sola reda portorium daturus fuerit? Puto, si mulio non ignoravit, ea se transiturum, quum vehiculum locaret, mulionem praestare debere.

Cassius geneigt, ein Geschäft dieser Art für ein gemischtes zu halten. Die Materie kaufen wir vom Handwerksmann, und in so ferne er sie für uns bearbeitet, miethen wir seine Dienste. Also dachte Cassius. Auf der andern Seite kommt in Betrachtung: So lange der Handwerksmann die Waare nicht an uns abgeliefert hat, ist sie die seinige, und wenn er sie bearbeitet, bearbeitet er seinen eignen Stoff. Was macht es auch am Ende für einen Unterschied, ob wir ein schon fertiges Stück von dem Handwerksmann kaufen, oder ob er es fertig macht, weil er die Aussicht hat, es an uns abzusetzen? Aus diesen Gründen wahrscheinlich, ward angenommen, es sey ein reiner Kaufcontract vorhanden, wenn wir z. B. bey einem Goldschmiede eine Bestellung auf goldne oder silberne Gefäße von dieser Zahl, Form, Schwere u. s. w. machen.

1) *§. 4. J. de locat. et cond.*

Item quaeritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae annulos ei faceret, et acciperet (verbi gratia) decem aureos; utrum emtio et venditio, an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait, materiae quidem emtionem et venditionem contrahi, operae autem locationem et conductionem. Sed placuit, tantum emtionem et venditionem contrahi. Quodsi suum aurum Titius dederit, mercede pro

opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

2) *L. 2. §. 1. D. Locati Conducti. Cajus.*

Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emtio et venditio, itemque locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emtio et venditio sit, an locatio et conductio. Ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit (verbi gratia) trecenta; utrum emtio et venditio sit, an locatio et conductio? Sed placet, unum esse negotium, et magis emtionem et venditionem esse. Quodsi ego aurum dedero, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

3) *L. 65. D. eod. Javolenus.*

Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio. Quod ut faceres, utrum emtio sit, an locatio? Respondit: si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem, convenit; emtionem puto esse, non conductionem. Totiens enim conductio alicujus rei est, quotiens materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu ejusdem manet. Quotiens vero et immutatur et alienatur, emtio magis, quam locatio, intelligi debet.

Der Handwerksmann, dem wir Sachen, sie zu bearbeiten, auszubessern u. s. w., hingegeben haben, haftet für custodia. [1]) Hat er durch Ungeschicklichkeit geschadet, so muß er den Schaden ersetzen, ohne daß es auf den Grad der culpa weiter ankommt. [2]) Man muß nichts übernehmen, was man nicht versteht, keiner Last sich unterziehen, der man nicht gewachsen ist, und besonders, wer von einer gewissen Kunst ein Gewerbe macht, die Hoffnung, die er dadurch erregt, nicht täuschen.

§. 2.

Insbesondere von der Locatio Conductio operis.

Diejenige Art der *Locatio Conductio Operarum*, welche Locatio Conductio Operis

---

1) L. 12. D. de furtis.

2) L. 11. §. 5. D. Loc. L. 8. §. 1. D. ad leg. Aquil. *L.* 13. §. 5. *D. Loc. Cond.* Si gemma includenda data sit, eaque fracta sit: si quidem vitio materiae factum sit: non erit ex locato actio: si imperitia facientis, erit. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim, etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio. *L.* 9. §. 5. *D. eod.* Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam Lib. 8. Digestorum scripsit. Si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumne conduxit, culpam eum praestare debere: *et quod imperitia peccavit, culpam esse; quippe ut artifex, inquit, conduxit. Vinn.* ad §. 5. J. de Locat. et Cond. no. 3.

genannt wird, ist ein Geschäft, welches grade mit Künstlern und Handwerksleuten geschlossen wird. Die Gesetze verstehen darunter einen Vertrag, wodurch sich Jemand verbindlich macht, durch seine Arbeit ein ganzes Werk zu Stande zu bringen, [1]). z. B. es verpflichtet sich Jemand, eine Mauer, ein Gebäude für uns aufzuführen, einen Graben zu ziehen, ein Schiff zu erbauen. [2]) Im Grunde kann man jeden Vertrag mit einem Handwerksmann, wodurch dieser unsern Stoff durch seine Dienste zu bearbeiten gegen eine Vergeltung in Gelde verspricht, unter diese Categorie bringen. Doch haben die Gesetze Bauten, oder was dahin gerechnet werden kann, vorzugsweise im Sinne, und die Gesetzstellen, welche von der Locatio Conductio Operis handeln, reden fast nur von ihnen. Ihrem Beyspiel wollen wir folgen. —

Von einer gewöhnlichen Locatio Conductio Operarum unterscheidet dies Geschäft sich dadurch: Bey der Locatio Conductio Operarum werden die Dienste nach der Anweisung desjenigen verrichtet, dem sie geleistet werden. Hier aber gibt der Locator zwar im Allgemeinen an, was

---

1) *L.* 5. §. 1. *D. de V.S.* Opere locato, conducto: his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci *ἀποτέλεσμα* (etwas Vollendetes, Vollbrachtes) vocant (non *ἔργον*) id est, ex opere facto corpus aliquod perfectum.

2) *L.* 31. D. de solut.

geschehen soll, z. B. die Einrichtung des Hauses, die Größe, die Zahl der Zimmer u. s. w., die Art aber, wie der Bau zu verrichten, die Ausführung, bleibt dem Conductor überlassen, welcher dagegen verbunden ist, dafür zu haften, das alles gut ausgeführt werde. [1])

Die Materialien oder Zuthaten gibt gewöhnlich der Locator her. Wenn aber auch der Conductor (oder redemptor operis) sie hergibt, was allerdings geschehen kann, [2]) so geht das Geschäft deshalb noch nicht in einen Kaufcontract über. Vielmehr bleibt es Locatio Conductio, wenn nur die Area, worüber das Gebäude aufgeführt werden soll, dem Bauherrn gehört. Gehört ihm nämlich die Area, so zieht diese das Gebäude an sich, und Letzteres geht, nach den Grundsätzen von der Accession, in sein Eigenthum über, wiewohl der Conductor, vermöge des Contracts, Vergütung für die Materialien, außer dem bedungenen Arbeitslohn, zu fordern befugt ist. Man kann hier die Area, also das, was der Locator hergibt, als den Stoff betrachten, welchen der Conductor gestaltet, woran er, durch Aufführung des Gebäudes, seine Arbeit verrichtet. [3])

---

1) L. 51. D. §. 1. Locati (Die Stelle folgt weiter unten in extenso).

2) L. 30. §. 3. D.ht.

3) *L.* 20. *D. de contr. emt.* Sabinus respondit: si quam rem nobis fieri velimus etiam: veluti statuam aut vas aliquod seu vestem: ut nihil aliud

Die Vergeltung für die Arbeit des Conductors (merces) kann auf dreyfache Weise bestimmt werden, nämlich

1. *per aversionem* d. h. so, daß für das *opus* im Ganzen nur Eine merces erlegt werden soll; oder

2. so, daß die merces nach Tagen, Wochen, u. s. w. bezahlt werden soll; endlich

3. so, daß die Vergeltung nach den einzelnen Quantitäten, woraus das Opus bestehen wird, nach Füßen, Ellen, Ruthen u. s. w. entrichtet werden soll.

Aller drey Arten gedenken beyläufig die Gesetze. [1]) Sie würden sich auch ohne das schon von selbst ergeben. Auf die Natur des Geschäfts ist die Art der Preisbestimmung ohne Einfluß. Denn,

---

quam pecuniam daremus: emtionem videri. Nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret. Aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur. *L.* 22. §. 2. *D. Loc.* Quum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat: proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est. Locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.

1) L. 51. §. 1. D. Loc. L. 30. §. 3. D. eod. In L. 36. D, eod. ist auch von einer Leistung „in pedes mensurasue“ die Rede, aber, wie wir sehen werden, in einer andern Beziehung.

wenn nur der Vertrag in der Art geschlossen worden, daß Conductor ein ganzes Werk durch seine Sorge und Bemühung zu Stande zu bringen übernahm, so kommt es nicht weiter darauf an, ob die Größe der Vergeltung im Ganzen bestimmt ward oder nach Verhältniß der Arbeit im Einzelnen. [1]) Die Preisbestimmung kann übrigens auch, wenn Conductor die Zuthaten hergibt, auf beydes zugleich gerichtet seyn. [2])

---

1) *L.* 51. §. 1. *D. Locati.* Locavi opus faciendum, ita ut pro opere redemtori certam mercedem in dies singulos darem. Opus vitiosum factum est. An ex locato agere possim? Respondit: si ita opus locasti, ut bonitas tibi a conductore approbaretur: tam etsi convenit, ut in singulas operas certa, pecunia daretur, praestari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum est. Non enim quidquam interest, utrum uno pretio opus, an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit. Poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit. Nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur. Tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur. Ging der Vertrag dahin, es solle alles nach der Anweisung des Locators verfertigt werden, so ist es nicht Locatio Conductio *operis*, sondern eine gewöhnliche Locatio Conductio *operarum*. In einem solchen Fall haftet Conductor für die Güte nicht, da alles nach eignem Willen des Locators verrichtet wird.

2) L. 30. §. 3. D. Locati.

Aus dem Contract entspringt für den Conductor die Verbindlichkeit, das übernommene Werk zu Stande zu bringen, eine *necessitas faciendi.* [1]) Es selbst zu verfertigen, hat er grade nicht nöthig; er kann einen andern an seine Stelle setzen, es sey denn, daß das Gegentheil besonders verabredet oder es wenigstens die Meinung der Contrahenten gewesen, Conductor solle es in Person verrichten. [2]) Substituirt Conductor einen andern, einen Subconductor, so hält jeder sich an seinen Contrahenten. [3])

Das Werk selbst ist Conductor vorschriftsmäßig zu verfertigen verbunden, und für Abweichungen von der Vorschrift verantwortlich. Jedoch, was nach seinem Willen an der ursprünglichen Vorschrift geändert ist, das kann Locator freilich nicht mißbilligen. [4]) Nicht

---

1) L. 22. §. 2. D. eod.

2) *L.* 31. *D. de solut. Ulpianus.* Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit, vel insulam aedificandam, fossamne faciendam, et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat: fidejussor ipse aedificans vel fossam fodiens, non consentiente stipulatore, non liberabit reum. Nach einem solchen Vordersatz: Inter artifices longa differentia est etc. hätte man freilich einen ganz andern Nachsatz erwarten sollen, als hier mit *Ideo si* von Ulpian gegeben wird.

3) L. 48. D. Loc. L. 38. §. 21. D. de Verb. Obl.

4) *L.* 60. §. 3. *D. Loc.* Lege dicta domus faciendа locata erat (das Lege dicta geht grade auf die ur-

weniger steht des Werks fehlerhafte Beschaffenheit zur Verantwortung des Conductors, und was der Künstler durch Ungeschicklichkeit gesündigt hat, muß er vertreten, wenn es auch bey einem andern nur culpa levissima gewesen wäre, gemäß den allgemeinen Grundsätzen, welche am Schluß des vorigen Paragraphen aufgestellt worden. Was durch die Schuld seiner Leute beym Bau, oder sonstigen Opus versehen ist, kommt billig auf seine Rechnung und wird ihm zur Last geschrieben. [1])

§. 3.

Fortsetzung.

Voet [2]) wirft die Frage auf: Wenn das Werk nicht vorschriftsmäßig verfertigt ist, kann der Locator die Uebernahme des Werks von sich ablehnen, und dem Conductor den ganzen bedungenen Preis verweigern, weil das Werk in einzelnen Stücken von der Vorschrift abweicht? Für den

---

sprüngliche Vorschrift über die Einrichtung des Gebäudes) ita ut probatio aut improbatio locatoris aut heredis ejus esset, redemtor ex voluntate locatoris quaedam in opere permutaverat. Respondi, opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemtorem absolvi debere.

1) L. 25. §. 7. D. Loc. Cond. *Pufendorf* obs. jur. univ. tom. 2. obs. 15.

2) ad Tit. D. Loc. Cond. §. 40.

Fall, da das Werk wegen jener Abweichungen dem Locator gar keinen Nutzen gewährt, bejaht er, außerdem verneint er sie, indem er es unbillig, ja widerrechtlich findet, daß der Conductor den Arbeitslohn und den Preis der Materialien verliere, weil er nicht in allen Stücken die Vorschrift des Locators befolgte; daher gesteht er dem Locator außer jenem Fall nur eine Forderung von Id quod interest zu. [1])

Mir scheint es, die Frage sey nicht richtig entschieden. Wer sich nicht an die Vorschrift des Locators hält, macht etwas anders, als ihm aufgetragen war, und der Locator hat nicht nöthig, ein Werk anzunehmen, was er, so wie es ist, gar nicht bestellt hatte. [2]) Das Gegentheil annehmen, hieße, um dies nebenher anzuführen, es in die Willkühr des Conductors stellen, die Vorschrift des Locators zu befolgen, und, wenn es ihm so gefiele, sie auch nicht zu befolgen; denn ein pecuniäres Interesse würde sich wenigstens bey bloßen Abweichungen von der Form (wovon doch nur hauptsächlich die Rede seyn kann, indem der Locator gewöhnlich die Materialien selbst hergibt) schwerlich angeben und noch weniger erweisen lassen. Ich glaube vielmehr, Locator kann verlangen, daß, was gegen die Vorschrift geschehen ist,

---

1) Dem Voet stimmt bey *Pufendorf* obs. jur. univ. t. 2. obs. 14. §. 10

2) arg. L. 5. pr. D. Mandati.

verbessert werde; auch kann Conductor den Lohn, selbst einen Theil desselben, nicht eher fordern, als bis er den Erinnerungen des Locators abgeholfen hat, und ist eine solche Verbesserung nicht anders möglich, so wird er ein ganz neues, der Vorschrift des Locators gemäß eingerichtetes, Werk, auf Verlangen desselben zu liefern verbunden seyn.

Was man in diesem Fall für Rechtens hält, dasselbe muß man auch in einem andern, von dem vorigen wesentlich nicht verschiedenen, dafür erklären, nämlich in dem Fall, wenn das Werk nicht gegen die Vorschrift, sondern fehlerhaft gearbeitet ist. Ein Werk, was fehlerhaft ist, ist auch gegen die Vorschrift, wenn auch nicht gegen die ausdrückliche doch gegen die sich schon von selbst verstehende. Beyde Fälle kommen darin überein, daß der Contract vom Conductor nicht gehörig, also im Grunde gar nicht erfüllt ward.

Die Gesetze schweigen über diesen Fall, wie über den vorigen; — und hätten sie nur über den einen ihren Willen ausgesprochen, so wüßten wir zugleich auch, was sie in dem andern gewollt hätten.

Doch nein, gänzlich schweigen in diesem Fall die Gesetze nicht; sie gewähren dem Locator „si opus vitiosum factum est“ die *actio locati*[1]); damit begnügen sie sich aber auch, und setzen nicht

---

1) L. 51. § 1. D. Locati.

hinzu, worauf diese Klage in diesem Fall gerichtet sey. Aber sollte dadurch nicht gerade eine Ansprache auf Schadensersatz gemeint seyn? Ich zweifle daran. Jene Klage geht zwar auch auf Schadensersatz, auch leidet es keinen Zweifel, daß der Locator, wenn Conductor die Mängel nicht verbessern will, mit Schadensersatz sich begnügen könne, ja es lassen sich sogar Fälle denken, wo er dazu genöthigt seyn wird, besonders, wenn wir die gewöhnlichen Contracte mit Handwerksleuten, denen wir unsern Stoff, ihn zu verarbeiten, in die Hände geben, mit hierher rechnen z. B. wir geben dem Schneider ein Stück Tuch und er bringt es uns zu einem Kleide verarbeitet, verschnitten zurück; hier muß der Locator sich freylich mit Entschädigung begnügen, so wie in andern Fällen, in welchen die Erfüllung des Contracts ganz unmöglich ist. Aber alles dies beweiset nichts, weil dabey nur von demjenigen die Rede ist, was der Locator sich entweder gefallen läßt, oder in subsidium Statt findet. Zunächst geht jene Klage auf Erfüllung des Contracts, und das grade ist es auch, was Locator begehren kann. Er darf also verlangen, daß der Conductor die Mängel verbessern, und kann dies anders nicht geschehen, als wenn z. E. das Haus niedergerissen, und ein neues besseres aufgeführt wird; so ist Conductor, auf Verlangen des Locators, auch dazu verbunden. Alles dies folgt daraus, daß Conductor verpflichtet ist, den Contract zu erfüllen; denn es ge-

hört dazu. Und ehe der Conductor den Contract von seiner Seite und zwar ganz erfüllt hat, kann er nicht begehren, daß der Locator ihn auch nur zum Theil erfülle, — wie dies die Regel des Rechts mit sich bringt. Die Erfüllung des Contracts von Seiten des Conductors ist hier auch nicht, wie in dem vorher angeführten Beispiel, unmöglich; sie ist nur dem Conductor sehr beschwerlich, welcher aber diese Beschwerlichkeit durch seine eigne Schuld herbeigeführt hat. Um so weniger kann Conductor begehren, daß Locator sich wider seinen Willen mit demjenigen begnüge, was er in Fällen, wo die Erfüllung schlechterdings nicht geschehen kann, in subsidium zu fordern berechtigt ist. Man hüte sich nur vor dem Schluß: die Verbesserung der Mängel ist nicht möglich, wenn das Haus bleibt, wie es ist, folglich ist sie überhaupt nicht möglich.

Dies halte ich für das, was Rechtens ist. Ob es hart und unbillig sey, kümmert mich nicht. Doch selbst Härte und Unbilligkeit dürften bey näherer Erwägung, wie Truggebilde verschwinden. Ob das Werk, der Mängel wegen, unbrauchbar oder ob es, der Mängel ungeachtet, brauchbar sey; diesen Unterschied halte ich in diesem Fall so wenig, wie in dem vorigen, für anwendbar. Er würde anwendbar seyn in Fällen, in welchen das Geschäft, was wir mit dem Handwerksmann schließen, als Kaufcontract anzusehen ist; — doch nein, auch dort nicht; denn dies

Geschäft unterscheidet sich von einem gewöhnlichen Kauf merklich, und namentlich dadurch, daß das Object sammt den Mängeln zur Zeit des Kaufs noch gar nicht existirt, und Letztere nur durch die Schuld des Verkäufers entstehen; — hier aber, wo von der Locatio-Conductio Operis, nicht von verborgenen Mängeln einer verkauften Sache die Rede ist, hier ist es vollends klar, daß wir einen solchen Unterschied zu statuiren nicht berechtigt sind. *)

§. 4.

Fortsetzung.

Nicht nur überhaupt, sondern auch zur bestimmten Zeit ist Conductor, das übernom-

---

*) Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie §. 1153 enthält hierüber Folgendes: „Bey wesentlichen Mängeln, welche das Werk zum Gebrauch untüchtig machen, oder der ausdrücklichen Bedingung zuwiderlaufen, ist der Besteller berechtigt, von dem Vertrage abzugehn. Will er dieses nicht, oder sind die Mängel weder wesentlich, noch gegen die ausdrückliche Bedingung, so kann er entweder die Verbesserung oder eine angemessene Schadloshaltung fordern, und zu dem Ende einen verhältnißmäßigen Theil des Lohns zurückhalten." — Ein Gesetzgeber kann wohl so sagen, besonders, wenn er auch hinzusetzt, welche Mängel er unter wesentlichen verstehe (wahrscheinlich sind hier solche gemeint, die das Werk ganz unbrauchbar machen); aber der Rechtsgelehrte, der aus Principien räsonnirt, kann das nicht.

mene Werk fertig zu liefern, verbunden, und wenn keine Zeit verabredet ist, binnen einer solchen als zur Verfertigung eines Werks von dieser Art und Beschaffenheit, nach dem Urtheil der Sachverständigen, hinlänglich ist. [1]) Auch wenn eine Zeit bestimmt war, ist Conductor außer Verantwortung, wenn es, nach dem Urtheil der Sachverständigen, nicht möglich gewesen, das Werk in so kurzer Zeit zu Stande zu bringen. [2]) Es kann seyn, daß eine Zeit für die Vollbringung des Werks bestimmt, und dabey bedungen ward, wenn das Werk binnen dieser Zeit nicht zu Stande gebracht würde, solle es dem Locator frey stehen, einem andern die Verfertigung desselben aufzutragen. Wenn nun der vorausgesetzte Fall eintritt, der Locator von seinem Recht Gebrauch macht und dem neuen Conductor für die Arbeit mehr geben muß, wie dem vorigen; so kann er den Ersatz des

---

1) L. 14. L. 73. L. 93. §. 1. D. de Verb. Obl. Poet c. loco. §. 38. Strubens rechtliche Bedenken Thl. 4. Bd. 68.

2) *L.* 58. §. 1. *D. Loc. Cond.* In operis locatione erat dictum, antequam diem offici deberet. Deinde si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam conductor promiserat. Eatenus eam obligationem contrahi puto, quatenus vir bonus de spatio temporis aestimasset. Quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non posit. Der Grund ist bey der Hand: Impossibilium nulla est obligatio. L. 185 D. de reg. jur.

Schadens, den er dadurch leidet, von Letzterm nur dann fordern, wenn der neue nur grade das und nicht mehr verrichten soll', wie der alte; weil man sonst nicht sagen kann, der neue Conductor empfange als Vergeltung für seine Arbeit mehr, als der alte. [1])

§. 5.

Fortsetzung.

Nachdem das Werk vollbracht worden, ist es die Sache des Locators, es zu untersuchen, zu

---

1) So erklärt Westphal (Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht u. s. w. §. 959) die *L.* 13. §. 10. *D. Loc. Cond.* Si lege operis locandi comprehensum esset, ut, si ad diem effectum non esset, relocare id liceret: non alias prior conductor ex locato tenebitur, *quam si eadem lege relocatum esset:* nec arte relocari id potest, quam dies efficiendi praeteriisset. Doch kann ich ihm darin nicht beystimmen, wenn er lehrt, es sey grade nicht nöthig, daß dem neuen Conductor dieselbe Zeit für die Vollbringung des Werks bestimmt werde, wie dem vorigen. Ein eben so großer Zeitraum und wenigstens kein kürzerer für den neuen Conductor ist in dem Ausdruck *eadem lege* mitbegriffen. Macht der neue Conductor sich verbindlich, das Werk in einer kürzern Zeitfrist zu Stande zu bringen, z. B. binnen 6 Wochen, da dem vorigen ein halbes Jahr gesetzt war, so macht er sich zu mehr verbindlich, und diese aus der Enge des Zeitraums entspringende Belästigung, die man im Allgemeinen nicht so denken kann, als sie in einzelnen Fällen drückend und beschwerlich erscheint, kann grade den Grund enthalten, weshalb er mehr fordert.

billigen, wenn es gut gerathen ist, und im entgegengesetzten Fall es zu mißbilligen. Ob das Werk vorschriftsmäßig und tadellos verfertigt sey, ist nöthigenfalls von Sachverständigen zu prüfen und zu beurtheilen. Selbst, wenn die Billigung in den Willen des Locators oder seines Erben oder eines Dritten gestellt ist, können diese nicht mißbilligen, was Sachverständige für gut erklären. Es kommt also auch hier, ungeachtet jener Verabredung, auf das Gutachten der Kenner an. 1)

Die Untersuchung und Billigung geschieht, der Regel nach, erst, wenn das ganze Werk vollendet ist; früher kann Conductor sie nicht begehren. Ist indessen von einem Werk die Rede, was nach einem gewissen Maaß fertig geliefert werden sollte, so kann der Conductor auch schon vor der Vollendung des Ganzen verlangen, daß Locator sich,

---

1) *L. 24. pr. D. Loc. Cond.* Si in lege locationis comprehensum sit, *ut arbitratu domini opus adprobetur*, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset; idemque servatur, si alterius cujuslibet arbitrium comprehensum sit; nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit, idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet (wodurch jedoch, was früher von der Unmöglichkeit gelehrt ist, nicht aufgehoben wird, sondern was Paulus hier lehrt, darnach zu beschränken ist); nisi id ipsum lege comprehensum sit.

was fertig ist, zumessen lasse. [1]) Ja, wenn auch nur die Bezahlung nach Verhältniß der einzelnen Quantitäten, woraus das Werk bestehen würde, stipulirt ist, scheint es, könne Conductor dasselbe begehren.

L. 30. §. 3. *Dht.*

Qui aedem faciendam locaverat, in lege dixerat: quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manupretio dominus redemtori in pedes singulos septem dabit. Quaesitum est, utrum factum opus, an etiam imperfectum metiri oporteret? respondit, etiam imperfectum.

Die frühere Billigung und Zumessung ist für den Conductor von Wichtigkeit. Denn, wenn dem Werk ein Unglücksfall zustößt, und die Frage entsteht, wer trägt ihn, so kommt es zuvörderst darauf an, ob dies vorher geschieht, ehe denn das Opus vom Locator gebilligt, und ihm zugemessen ist, — oder nachher.

So lange das Werk vom Locator nicht gebilligt, und beziehungsweise ihm nicht zugemessen ist, steht es zur Gefahr des Conductors. Allein, man glaube deshalb nicht, der Schade des zufälligen Untergangs treffe vor der Billigung oder Zumessung dem Conductor; das ist

---

1) L. 36. D. Locati. Cond.

freylich die gewöhnliche Lehre, aber sie beruht auf Irrthum; nein, dieser Ausdruck, dessen sich die Gesetze hier bedienen, bedeutet in dieser Sphäre etwas Anderes, als sonst gewöhnlich. Er will nichts weiter sagen, als, Conductor haftet für Schaden, der durch seine Ungeschicklichkeit, also durch seine Schuld, entsteht, und, wie ältere Ausleger meinten, [1]) überhaupt für einen solchen, welchen er abzuwenden im Stande war. Und es war, was namentlich das Erstere betrifft, sehr natürlich, daß die Gesetze sich hier eines solchen Ausdrucks in einen solchen Sinne bedienten. Da der Conductor operis nicht nach der Anweisung des Locators arbeitet, und daher für die Güte und Fehlerlosigkeit des Werks verhaftet ist, so würden wir allenfalls auch sagen, das Opus stehe zu seiner Gefahr, er mache es auf seine Gefahr gut oder schlecht. Ueberhaupt ist bekannt, daß die Gesetze unter dem Ausdruck Periculum, nicht immer einen durch reinen Unglücksfall entstandenen Schaden verstehen. [2])

Man muß daher unterscheiden, ob der Unfall sich ereignet, weil das Werk fehlerhaft gearbeitet

---

1) *Paulus Busius ad L.* 36. *et* 37. *D. Loc. Cond.* (*Comment. in Pand. p.* 623.) „Periculum hic nihil aliud significat, quam casum damni talis, quod diligentissima cura potest praecaveri, ut recte Interpretes perhibent.“

2) S. bes. L. 25. §. 7. D. Loc. Cond.

ist, oder ob es reiner Casus ist. (Dem reinen Casus ist gleich zu achten, wenn der Grund des Schadens in der schlechten Beschaffenheit des Stoffs, nicht in der Ungeschicklichkeit des Arbeiters, liegt.) In jenem Fall trifft der Schade den Conductor, als welcher durch seine Schuld ihn verursacht hat; in diesem Fall z. B. wenn die Erde erbebt, das Gebäude einstürzt, oder sich ein Erdfall ereignet und der Graben versinkt, den Locator nach der Regel: Casum sentit dominus. (Diese Regel ist namentlich bey Gebäuden anwendbar; denn das Gebäude, was auf unserm fundus aufgeführt wird, ist (auch unvollendet) Theil des Bodens. Vorausgesetzt wird dabey (nämlich in letzterem Fall), daß das Werk so gearbeitet war, daß der Locator bey der Revision, Zumessung u. s. w., wäre sie schon geschehen gewesen, es hätte billigen müssen. Dieser Umstand bestätigt, was vorher gelehrt ward, nämlich, daß wenn das Werk gegen die Vorschrift oder fehlerhaft gearbeitet ist, der Contract von Seiten des Conductors nicht erfüllt sey, und der Locator das Werk gar nicht zu übernehmen nöthig habe. Daher trifft ihn gegen die sonstige Regel der Schade nicht, wenn nicht wegen eines Fehlers der Arbeit, (sondern durch einen Unglücksfall) aber ein fehlerhaftes Werk oder ein Vorschriftswidrig verfertigtes zu Grunde geht; sondern Schade trifft den Conductor.

Wenn aber der Unfall sich erst ereignet, nachdem das Werk von dem Locator übernommen, von ihm gebilligt ist, oder er in mora war, es zu übernehmen, so ist es der Locator, den der Schade trifft, und zwar ohne Unterschied, ob das Werk wegen fehlerhafter Beschaffenheit, oder durch einen reinen Unglücksfall zu Grunde geht. Auf diesen Unterschied kann es nicht weiter ankommen, nachdem Locator das Werk einmahl gebilligt hat. Der Conductor muß jedoch die Billigung nicht durch Betrug hervorgebracht haben.

1) *L.* 36. *D. Loc. Cond.*

Opus, quod aversione locatum est, donec approbetur, conductoris periculum est; quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit. Et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi majore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit. Non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus est.

2) *L.* 37. *eod.*

Si prius, quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad

locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

3) *L.* 59. *D. eod.*

Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat. Deinde operis parte effecta, terrae motu concuſsum erat aedificium. Masurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci eſse periculum.

4) *L.* 62. *D. eod.*

Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: Immo, si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

5) *L.* 24. *pr. D. eod.*

— — Quibus consequens est, ut irrita sit approbatio, dolo conductoris facta, ut ex locato agi poſsit. [1])

---

1) Das öſterreichiſche Geſetzbuch §. 1157 enthält in dieſer Hinſicht folgendes:

„Wenn durch einen bloßen Zufall der zur Verfertigung eines Werks vorbereitete Stoff oder das Werk ſelbſt ganz oder zum Theil zu Grunde geht, ſo trägt der Eigenthümer des Werks oder des Stoffs den Schaden. Hat aber der Beſteller einen zur zweckmäßigen Bearbeitung offenbar untauglichen Stoff geliefert, ſo iſt der Arbeiter, wenn die Arbeit aus dieſem Grunde

So deutlich nun diese Stellen die oben vorgetragenen Grundsätze bestätigen, und so gut alles zusammenhängt, so sehr muß man sich wundern, wie ein so achtungswürdiger Schriftsteller, wie Voet [1]), sich nicht darin finden konnte. Statt den Sinn der Gesetze zu entwickeln, macht er, unbeschadet seiner sonstigen Verdienste, sey es gesagt, was deutlich war, undeutlich, und was gut war, schlecht, leistet also in diesem Fall dem römischen Rechtsgelehrten einen schlimmen Dienst. Will man ihm glauben, so soll nur ein solcher Unfall, welcher das noch nicht vollendete und nicht

---

mangelhaft ausfällt, und er den Besteller nicht gewarnt hat, für den Schaden verantwortlich." —

Hier sind mehrere Abweichungen vom römischen Recht. Eigenthümer des Werks ist nach römischem Recht derjenige, der auf seinem Fundus ein Gebäude sich aufführen läßt; hier scheint der Baumeister darunter verstanden zu seyn. Ferner, wenn Jemand seinen Stoff einem Handwerksmann zum Bearbeiten hingibt, und es ereignet sich ein Schade, der aus schlechter Beschaffenheit des Stoffs, nicht durch Ungeschicklichkeit des Arbeiters, entsteht, z. B. der Edelstein, der zum Einfassen hingegeben war, zerbricht, weil er schon einen Riß hatte oder brüchig war, so ist der Arbeiter nicht verantwortlich. L. 13. §. 5. D. Loc. Cond. (§. 1. Note 2.) Nach dem Gesetz Oesterreichs ist er verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat; und dies scheint auch den Vorzug vor dem römischen Recht zu verdienen.

1) c. 1. §. 37.

gebilligte Opus trifft, dem Locator schaden, welcher aus der fehlerhaften Beschaffenheit des Bodens entspringt, jeder andere aber dem Conductor. Diesem wunderbaren Einfall Eingang zu verschaffen, quält der gute Poet sich recht. Javolenus muß es sich gefallen lassen, unter terrae motus etwas anders verstanden zu haben, als dieser Ausdruck sonst bezeichnet. In geschmückte, wohlklingende Rede kleidet jener den falschen Satz und spricht: Nicht jene ungewöhnliche Erschütterung der Erde [2]) meinte Javolen, welche Berge zu versenken, Häuser umzustürzen, und andere Wunder der Natur hervorzubringen pflegt; nein, er dachte an ein Nachgeben und Sinken der Erde, die, weil sie von sandiger oder sumpfiger Art war [3]), die ihr aufgebürdete Last zu tragen zu schwach war, also an ein *vitium soli*.

Wo die Widerlegung so leicht ist, würde es dem Leser mit Recht mißfallen, wenn man sich dabey aufhalten, wenn man beweisen wollte, daß alles dies in den Wind geredet worden, und Javolenus von nichts Anderem spricht, als von

---

2) In Italien ungewöhnliche? In Holland mag das wohl seyn; ist sie es aber auch in dem Lande, wo Berge Feuer speyen?

3) Hier hört man abermahls den Niederländer, welcher die Eigenthümlichkeiten seines Landes mit den Eigenthümlichkeiten Italiens verwechselt.

einem ganz gewöhnlichen (ohne alle Umschreibung) Erdbeben. Auch liegt die Widerlegung schon in demjenigen, was oben gesagt ward, so wie in den mitgetheilten Gesetzstellen selbst, nicht zu gedenken der Regel, daß man von der gewöhnlichen Bedeutung der Worte nicht abweichen darf, wenigstens nicht ohne hinlänglichen Grund, am allerwenigsten, wenn es so ganz unnöthig, ja schädlich ist, wie hier. [1])

---

1) Voet beruft sich auch noch auf L. 14. u. 15. D. de Verb. Obl. Hier wirft Pomponius die Frage auf, wenn sich Jemand die Erbauung eines Hauses durch Stipulation versprechen ließ, oder der Erblasser dem Erben zur Pflicht macht, für Jemanden ein Haus zu erbauen; wann wegen einer solchen (ohne Zeitbestimmung eingegangenen) Verpflichtung geklagt werden könne? und antwortet, gemäß den oben vorgetragenen Grundsätzen: erst nach Verlauf eines solchen Zeitraums, als zur Erbauung nöthig war. Weiter fragt er: Wenn das Haus zum Theil erbaut ist, und nun das unvollendete Gebäude durch eine Feuersbrunst zerstört wird, kömmt dem, welcher zu bauen verbunden ist, nur die noch übrige Zeit, oder die ganze (bedungene) zu Gute, um das Gebäude aufzuführen? Die Antwort ist: die ganze. Sind diese Stellen überhaupt auf die Locatio Conductio Operis zu beziehen, so folgt daraus nichts weiter, als daß, wenn ein unvollendetes Gebäude durch einen Unglücksfall zu Grunde geht, Conductor der Verbindlichkeit es (von Neuem) aufzuführen, nicht entledigt werde; keineswegs folgt daraus, daß der Schade des Untergangs ihn trifft, und

§. 6.

Fortsetzung.

Die versprochene Vergeltung fordert Conductor, wenn das Werk vollbracht ist; nicht früher, es sey denn, daß das Gegentheil besonders verabredet worden. Für den Fall, da für das Werk im Ganzen nur eine Merces versprochen ist, was die Gesetze ein Opus, quod aversione locatum est, nennen, räumt Voet [1]) dies ein; aber wenn das Werk nach Füßen u. s. w. (in pedes mensurasve) verdungen ist, dann soll nach ihm Conductor schon immer, wie es zugemessen ist, vom Locator den verdienten Lohn fordern können, „cum et ipsa operis impletio ex tali conventione in partes divisa sit.“ Auf diesen sophistischen Grund geben wir nicht viel, zumahl man nicht einmahl sagen kann, es solle die Verfertigung des Werks theilweise geleistet werden, wenn bloß die Größe der Vergeltung zu der Größe des Werks in Verhältniß gesetzt ist, einen Fall, den Voet doch grade im Sinne hatte. Die Wahrheit ist, daß bey zweyseitigen Verträgen kein Contrahent die Erfüllung des Vertrags von dem andern zu fordern berechtigt ist, wenn er ihn nicht zuvor von seiner Seite und zwar ganz erfüllt

---

er für Materialien und Arbeit die versprochene Vergeltung nicht fordern könne.

1) c. l. §. 40.

hat. Dieser Grund ist auf jede Art der Locatio Conductio Operis mit gleicher Stärke anwendbar, und wenn daher einer nicht bloß zu einzelnen Dienstleistungen sich verdungen, von welchem Fall, als einer gewöhnlichen Locatio Conductio Operarum, hier nicht die Rede ist, sondern ein ganzes Werk durch seine Thätigkeit zu Stande zu bringen übernommen hat; wenn, wie die Gesetze von der Locatio Conductio Operis sagen, eine „universitas consummationis ad conductorem pertinet“; so kann er den Lohn nicht fordern, so lange das Werk nicht vollendet ist; gleich viel, mag der Lohn im Ganzen, oder nach Verhältniß der Ausdehnung des Werks stipulirt seyn, das Werk mag im Ganzen, oder nach den einzelnen Maaßen, wie sie fertig werden, abgeliefert werden sollen.

Kann wohl Conductor dem Locator das vollendete Werk vorenthalten, bis er den bedungenen Lohn von ihm empfangen hat? Voet [1]) behauptet es. Aber auch hierin scheint Voet zu irren. Denn Besitz und Eigenthum sind beym Locator, und wie kann also Conductor einen Besitz fortsetzen, den er niemahls gehabt hat? Eben weil Conductor keinen Besitz hat, nicht einmahl eine Detention, die freylich hier hinlänglich seyn würde, kann hier auch von keiner wahren Ueberlieferung die Rede seyn (ob man sich dieses Ausdrucks wohl allenfalls bedienen mag), wie denn auch in den Ge-

1) c. l. in fine.

setzen zwar von einer Probatio und admensio operis (einem Aufmessen) die Rede ist, aber nie von einer Tradition, nie von einem Hingeben oder Wiedergeben. Begreift man unter Locatio Conductio Operis solche Verträge mit, wodurch wir Handwerkern unsere Sachen, sie zu bearbeiten, hingeben, z. E. dem Schneider ein Stück Tuch, um ein Kleid daraus zu machen, dem Schuster ein Paar Stiefeln, sie auszubessern; in solchen Fällen kann freylich von einer Retention von Seiten des Handwerksmanns die Rede seyn; und eben dies gilt in Fällen, wo der Handwerksmann als Verkäufer anzusehen ist, z. B. wenn wir beym Schuster ein Paar neue Stiefeln bestellt haben; dann hat der Handwerksmann freylich nicht nöthig, die Waare zu übergeben, wenn er nicht den ganzen Preis dagegen erhält [1]), so wie er in dem vorigen nicht nöthig hat, die ihn zum Bearbeiten hingegebne Sache zurückzugeben, wenn ihm der Lohn nicht entrichtet wird. —

---

1) L. 13. §. 8. D. de act. emti et vend. L. 31. §. 8. D. de Aed. Edicto.

II.

Die Contrakte mit dem Schiffer.

Exercitor navis ist nicht bloß der Eigenthümer des Schiffs, sondern überhaupt derjenige, der ein Schiff für eigne Rechnung zum Transport von Personen oder Sachen vermietet, besonders wenn er ein Gewerbe davon macht, mag es ihm gehören, oder er selbst es nur im Ganzen gemietet haben, für eine Zeitlang, oder für immer. [1])

Unrichtig beschränkt von Martens [2]) den Begriff eines Rheders auf den Eigenthümer eines Schiffs; denn, so gewöhnlich es ist, daß nur der Eigenthümer das Schiff vermietet, so kommt es doch hier auf das Eigenthumsrecht nicht sowohl, als vielmehr auf die Befugniß an, das Schiff zu gebrauchen, und Andern zum Gebrauch zu überlassen. Diese Befugniß steht nicht bloß dem Eigenthümer zu, sondern auch demjenigen, dem ein Gebrauchsrecht, abgesondert vom Eigenthümer, zukömmt.

Gewöhnlich sind der Exercitoren mehrere, und dann stehen sie zu einander im Societätsverhältniß. [3]) Eben so gewöhnlich ist es, daß der Rheder oder die mehreren Rheder nicht selbst Schifffahrt treiben; sondern es wird die Führung des

---

1) L. 1. §. 15. D. de exercit. act.
2) Grundriß des Handelsrechts §. 149.
3) L. 3. D. de exerc. act.

Schiffs einem andern anvertraut, dem Schiffer Satzschiffer oder magister navis. [1])

Mit dem Schiffer contrahirt nun:

1) der Rheder, indem er ihm die Führung des Schiffs anvertraut. Das Geschäft, was zwischen beiden geschlossen wird, ist Locatio Conductio Operarum, oder ein Mandat, je nachdem der Schiffer entweder, wie gewöhnlich gegen eine Vergeltung (in Gelde), seine Dienste zu leisten verspricht, oder unentgeldlich. [2]) Gewöhnlich und, wegen der daraus entspringenden Hoffnung guter Verwaltung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten, sehr rathsam ist es, daß einem Mitrheder die Führung des Schiffs anvertraut wird, oder daß der Schiffer zugleich Mitrheder sey. [3]) Doch ändert dies nicht die Natur des mit ihm in Hinsicht auf die Führung des Schiffs eingegangenen Vertrags. Er kann daher von den übrigen Rhedern aus dem Dienstmietverträge belangt werden, obgleich er Mitrheder ist.

Verpflichtet ist er sein Amt mit der größten Sorgfalt zu verwalten, indem er für jedes in der Führung des Schiffs begangene Versehen, auch das geringste, verantwortlich ist; denn, vermietet er seine Dienste, so vermietet er sie als einer, der die Kunst versteht, ist also nach dem Obigen für

---

1) L. 1. §. 1. D. de exerc. act.
2) L. 1. §. 18. D. de exerc. act.
3) Voet ad tit. Dig. de exerc. act. §. 1.

jede Ungeschicklichkeit verantwortlich; ist er aber Mandatar, so muß er als solcher bekanntlich der Schuld geringsten Grad vertreten. [1]) Ferner ist er verbunden, seinen Auftrag und die Grenzen seiner Instruction nicht zu überschreiten. Weiter ist er verpflichtet, über Einnahme und Ausgabe, z. B. über erhobene Frachtgelder, bezahlte Volksheuer, Rechnung abzulegen, und, was aus der Verwaltung übrig, und in seinen Händen ist, herauszugeben. Ist er Mandatar, so kann dieß keinen Zweifel leiden; aber auch außerdem und obwohl er seine Dienste nur vermietet hat, ist er ad instar mandatarii zu Gleichem verpflichtet. [2])

Mit dem Schiffer contrahirt

2) wer seine Person oder Waaren durch ihn von einem Orte zum andern bringen läßt. Nach den Ideen der römischen Rechtsgelehrten muß man hier folgende Fälle unterscheiden:

a) Der Befrachter miethet das ganze Schiff; hier ist eine gewöhnliche Locatio Conductio rerum vorhanden.

b) Es werden dem Schiffer einzelne Waaren zum Transport anvertraut. Hier macht er sich zu Diensten verbindlich, nämlich diese Waaren von einem Orte zum andern zu bringen. Er ist also Locator operarum; dennoch wird der, welcher ihm die Waaren anvertraut, locator ge-

---

1) L. 13. C. Mandati.

2) Voet c. l. §. 8. Das Detail der Pflichten des Schiffers bey v. Martens a. a. O. §. 161. folgde.

nannt, nämlich in so fern der Waarentransport als ein Opus angesehen werden kann, dessen Vollbringung oder Verrichtung jener dem Schiffer überläßt. [1])

c) Wer als Reisender auf einem Schiffe fährt, und also einen Raum im Schiff für sich und seine Sachen mietet, schließt wieder eine Locatio Conductio rerum. [2])

---

1) Wer dem andern die Verfertigung oder Verrichtung eines Werks überläßt, heißt überhaupt in der Sprache der Gesetze in so ferne und vorzugsweise Locator, der andere Conductor. *L.* 22. §. 1. *D. Loc.* Quotiens autem faciendum aliquid datur locatio est. L. 11. §. 3. D. Loc. Cond. L. 1. pr. D. de aestimatoria.

2) *L. 2. pr. D. de lege Rhodia de jactu.* Si laborante nave jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent; is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sint, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit, ex locato agere cum magistro navis debere; ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Immo, etsi retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus: quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas. At, si non, et totam navem conduxerit, ex conducto aget: sicut vectores, qui loca in nave conduxerunt. — — *L.* 3. §. 1. *D. Nautae, Caupones, Stabularii ut recepta restituant.* Ait Prae-

Aus den Contracten, die der Schiffer schließt, wird, um es der Vollständigkeit wegen hinzuzusetzen, der Rheder verpflichtet, wenn nämlich in dem ihm übertragenen Geschäftskreise der Auftrag dazu enthalten; namentlich auch aus Frachtcontracten, vorausgesetzt, daß er zur Abschließung von Frachtcontracten und zwar zu dieser Art von Frachtcontracten autorisirt war. [1]) Demjenigen, welcher mit dem Schiffer contrahirt hat, steht die Wahl zu, ob er den Schiffer oder den Rheder belangen will. [2]) Doch findet eine Klage gegen den Schiffer nur, so lange seine Geschäftsführung dauert, und wie gegen einen gewöhnlichen Mandatar Statt; ein Satz, der zwar nicht durch die Stelle, wo er zu finden seyn soll, [3]) bewiesen wird, indem darin von keiner übernommenen Verbindlichkeit die Rede ist, [4]) die

---

tor: *nisi restituent, in eos judicium dabo.* Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria, videndum: quia agi civili actione ex hac causa poterit; si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: *sed si tota navis locata sit, qui conduxit, ex conducto etiam de rebus, quae desunt, agere potest; si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur.* Sed si gratis res susceptae sunt, ait Pomponius, depositi agi potuisse etc. etc.

1) L. 1. §. 12. D. de exerc. act.

2) L. 1. §. 17. D. eod.

3) L. ult. D. de inst. act.

4) *Huber* Prael. ad II. lit. de exerc. act. §. 4. *Vinn.* ad §. 2. I. quod cum eo, qui in aliena pot. est No. 1.

Stelle auch zu viel beweisen würde, nämlich, daß der Schiffer und der Institor aus dem Contract gar nicht selbst belangt werden könnten (was auch von manchen, kraft dieser Stelle, behauptet worden), wohl aber daraus folgt, daß der Schiffer als ein solcher anzusehen ist, welcher in Auftrag handelt, [1]) und als Mandatar mit dritten contrahirt, und also die Grundsätze, die von einem Bevollmächtigten gelten, im Allgemeinen auch auf ihn anwendbar sind.

Wenn Sachen, die im Schiff zum Transport aufgenommen sind, nicht, oder nicht unversehrt zurückgeliefert werden oder an die Addresse gelangen; so können, wie hier ebenfalls, der Vollständigkeit wegen, hinzugesetzt wird, die Rheder aus dem Facto der Reception (mit der actio in factum de recepto) in Ansprache genommen werden, falls nicht bewiesen wird, daß jene durch einen natürlichen oder unabwendbaren Unglücksfall zu Grunde gegangen oder beschädigt sind; [2]) Die Rheder mögen nun selbst den Frachtcontract, oder es mag, von ihnen autorisirt, der Schiffer ihn geschlossen haben. [3]) Werden die Sachen, die in das Schiff aufgenommen sind, von den Leuten auf dem Schiff entwandt, oder beschädigt, so sind die Rheder

---

1) L. 1. §. 2. D. de exerc. act.
2) L. 3 §. 1. D. Nautae, caupones etc.
3) L. 1. §. 2. D. eod.

den Schaden zu ersetzen quasi ex maleficio verbunden. [1])

Dem Schiffer ist es vergönnt, einen andern an seine Stelle zu setzen (einen Promagister) und der Rheder wird durch die Handlungen des Letzteren eben so verbunden, als wenn der Magister navis selbst contrahirt hätte, obgleich die Substitution ohne sein Wissen, — ja obgleich sie wider seinen Willen und wider sein ausdrückliches Verbot geschehen ist. Daß durch diesen ihm wider seinen Willen aufgedrungenen Promagister der Rheder aus Contracten, die jener schließt, verbunden wird, dies ist ein jus singulare, wovon Ulpian lehrt, es sey in utilitatem navigantium also eingeführt. [2])

---

1) L. 1. §. 2. D. de exerc. act. L. 5. §. 6. D. de obl. et act.

2) L. 1. §. 5. D. de exerc. act. —

V.

Prozeß

der

Litiscontestation

gegen

die Ladung

oder

Erörterung der Frage: Wannehe nimmt der Rechtsstreit seinen Anfang?

dabei auch

2. vom Ende des Prozesses und der verschiedenen Arten, wie der Rechtsstreit beendigt wird;

imgleichen

3. eine neue Theorie von Prozeßhindernden Einreden.

Im Dezember 1817.

I.

Anfang des Processes.

Arm an Wirkungen war ursprünglich die Ladung, reich daran die Litiscontestation. Denn, abgesehen davon, daß jene — Ladung war, also den Beklagten zum Erscheinen vor Gericht nöthigte, brachte sie fast keine besondern Wirkungen hervor. Erst späterhin gelang es der Ladung, einige Wirkungen, ich möchte sagen, zu erschleichen, — Wirkungen, welche zuvor der Litiscontestation gehörten und ihr nach und nach zum Theil nicht ohne den Beistand der Rechtsgelehrten, von der Ladung entzogen wurden.

Nun trete ich als Anwalt der Litiscontestation auf. Ich will versuchen, ihr eine sehr wichtige Wirkung, deren die Ladung sich widerrechtlich angemaßt hat, die Litispendenz nämlich, wieder zu erstreiten. Denn, obwol meine Clientin, nach so wiederholten Plünderungen von Seiten der Ladung, noch immer an Wirkungen nicht ganz verarmt ist, kann sie doch diese Wirkung grade am wenigsten entbehren, und außerdem bewegt mich die Gerechtigkeit ihrer Sache, mich ihrer anzunehmen, die, von allen verlassen, sich vergebens nach einem

Vertheidiger umsieht, indem die Rechtsgelehrten es mit der Ladung halten.

Es wird also die Ladung selbst vor Gericht geladen und es soll die Frage erörtert und entschieden werden, ob die Ansprüche der Litiscontestation auf die Litispendenz besser begründet sind oder diejenigen der Ladung.

Mit dieser Frage ist gleichbedeutend eine andere: Wannehe fängt der Prozeß an? denn da Litispendenz den Zustand eines angefangenen und noch nicht beendigten Processes bedeutet, so ist es gleichviel, ob man frägt: Welche Handlung im Proceß bewirkt Litispendenz? oder ob man die Frage so stellt: Von welcher Handlung datirt sich der Anfang des Processes?

Doch ehe denn wir weiter reden, wollen wir uns erst über den Ausdruck: Proceß, verständigen. Bekanntlich wird dieß Wort in einer doppelten Bedeutung gebraucht. Man versteht nämlich darunter einmal das Verfahren vor Gericht oder die Art des Verfahrens vor Gericht, zweitens den Rechtsstreit (lis, auch judicium, negotium in der Römischen Rechtssprache).

Nimmt man das Wort in der ersten Bedeutung, so kann man mit Grollmann [1]) sagen, der Proceß fange mit der Klage an. Oder, wenn man es noch genauer angeben will, muß man sagen: die erste Handlung des Klägers sey die

1) Theorie des gerichtlichen Verfahrens, zweyte Auflage §. 165. S. 322.

Klage, die erste Handlung des Richters die Ladung an den Beklagten, oder eine ähnliche Verfügung, wodurch der Richter zur Untersuchung der Sache die Einleitung macht, indem er zugleich der Verfahrungsart diejenige Richtung gibt, wie er sie der Natur dieses Falls gemäß findet.

Allein, da das bloße Anbringen der Klage keine Wirkungen hervorbringt, so ist es ziemlich gleichgültig, nach dem Anfange des Processes in dieser Bedeutung zu forschen.

Die Frage ist vielmehr: Wannehe nimmt der Rechtsstreit, also der Proceß in der zweiten Bedeutnng, seinen Anfang?

Daß nun der Proceß in dieser Bedeutung nicht mit der Klage anfange, darf kaum bemerkt werden. Durch die Klage wird vielmehr nur zu einem künftigen Rechtsstreit der erste Schritt gethan; oder, wie [2]) Paulus zu verstehen gibt: durch die Klage wird der Proceß (lis) vorbereitet. [3])

Dasselbe geschieht auch nur durch die Ladung. Doch hier behaupten die Rechtsgelehrten, die Ladung bewirke Rechtshängigkeit. Also würde nach ihnen der Rechtsstreit mit der Ladung seinen Anfang nehmen, versteht sich, mit der (gehörig) insinuirten Ladung; — denn eine nicht insinuirte

---

2) L. 7. D. de inoff. test.

3) Grollmann a. a. O. sagt aber grade: der eigentliche Anfang des Rechtsstreits werde durch die Klage gemacht; also irrt Grollmann.

Ladung, kann man sagen, sey gleich einem nicht promulgirten Gesetz, und also im rechtlichen Verstande als noch nicht vorhanden zu betrachten. — Andere unter ihnen G. L. Böhmer, sagen dies auch ganz bestimmt [4]). Dem großen Sohn war der größere Vater schon in dieser Behauptung vorangegangen. Zwar erkannte J. H. Böhmer [5]), die Litiscontestation sey der Anfang des Processes, auch nach Canonischem Recht; aber, setzt er hinzu, nach den Grundsätzen unsers Processes verhält es sich anders damit. Die Wirkungen, welche wegen der Litispendenz sonst die Lotiscontestation hervorgebracht, bringt jetzt schon die Ladung hervor. [6]) Pufendorf [7]) unterscheidet zwischen dem Römischen und Canonischen Recht; nach jenem fange der Proceß mit der Litiscontestation, nach diesem mit der Ladung an [8]). Auch Pütter lehrt: der

---

4) *G. L. Boehmer* Princ. jur. can. §. 752. Per primam citationem, a judice competente decretam et rite insinuatam *fit initium judicii et lis in foro pendere incipit.*

5) Jus eccles. Prot. lib. 2. tit. 5. §. 2. sq., ingleichen tit. 28. §. 5.

6) Idem c. l. tit. 16. §. 3. An einem andern Ort (Comp. Dig. tit. de in jus voc. §. 18, imgl. tit. de usurpat. et usucap. §. 17.) begnügt J. H. Böhmer sich, einfach zu bemerken, die Litispendenz fange mit der Ladung an, ja hier scheint er dies schon dem Canonischen Recht gemäß zu halten.

7) Introd. in proc. civ. p. 3. c. 1. §. 4.

8) *Jure civili usuque camerali*, sagt er, a litiscon-

Anfang des Rechtsstreits sey die Ladung 9), zwar nicht nach Römischem Recht, wol aber nach canonischem. Das Römische Recht unterscheide Litispendenz und Prävention, jene fange mit der Litiscontestation an, diese mit der Vocatio in jus. Das canonische Recht werfe Litispendenz und Praevention durch einander; jene werde gleich dieser, nach canonischem Recht durch die Ladung hervorgebracht 10).

Hier wird nun behauptet: der Proceß nimmt seinen Anfang mit der Litiscontestation,

1. nach der Natur der Sache,
2. nach Römischem Recht,
3. nach canonischem,
4. nach den Grundsätzen unserer Verfahrungsart, als welche hierin keine Aenderung machen.

Es ist aber hier nur von dem Hauptstreit die Rede. Vor diesem, z. B. durch den Gebrauch von Einreden veranlaßt, neben diesem, ja nach diesem können Streitigkeiten entstehen, welche die

---

testatione demum incipere judicium dicitur, quod *jure canonico* a citatione incipit.

9) Introductio in rem. jud. Imp. p. 129.

10) *Pütter* difs. de praeventione (in ejus opusc. rem jud. Imp. illustrant. nro. 2.) cap. 3. et 4. Unter andern sagt er daselbst §. 30. Jure canonico uti conclamata res est, initium omnis litis, omnis judicii esse solam citationem, ita citatione non praeventionem tantum, sed et litis pendentiam oriri, ex singulis ejus juris legibus ostendere, erit facillimum. —

Hauptsache nicht betreffen, und dabei bloß zufällig sind, weshalb wir sie gänzlich außer Acht lassen. —

Mit Recht bemerkten schon die Alten: die Litiscontestation sey der erste Theil des Rechtsstreits; mit Recht nannten sie die Litiscontestation den förmlichen Anfang des Processes [11]).

Ehe ich nun jene Sätze selbst erweise, ist es nöthig, daß ich eine Praeliminarbemerkung voranschicke.

Bekanntlich wird der Ausdruck Litiscontestation in der Sprache des Römischen Rechts nicht ganz in demselben Sinne gebraucht, als wir ihn gebrauchen. Wir verstehen darunter eine Handlung des Beklagten, wodurch dieser die Facta der Klage verneint oder zugesteht, und trennen davon die Einreden, wodurch er sich gegen die Klage vertheidigt. Sie sind im Begriff unserer Litiscontestation geschieden, wenn auch der Vortrag sie vereinigt. Eben so bekannt ist es, daß in der Römischen Rechtssprache durch die Benennung Litiscon-

---

11) *Perez ad Cod tit. de litis contestatione.* Ordinantur judicia potissimum per litis contestationem, ut quae praecipua et prima sit judicii pars ac velut fundamentum. *Nam ante litis contestationem neque actorem petere, sed petere tantum velle dicimus. Vinn. ad tit. z. de off. jud.* Est enim litis contestatio prima judicii pars, si vocem judicii proprie et stricte accipimus, *et a D. D. appellatur judicii principium formale.*

testation Handlungen des Beklagten und des Klägers zusammengeknüpft werden. Im Römischen Recht bedeutet Litiscontestation das Anbringen der Klage von Seiten des Klägers und die Antwort des Beklagten darauf, ohne daß die Einreden des letztern davon geschieden sind, oder vielmehr den Vorgang, da diese Handlungen des Klägers und des Beklagten zusammen (unmittelbar nach einander) vor dem Prätor geschehen. Unsere Litiscontestation ist also nur ein Theil desjenigen, was im Römischen Recht unter Litiscontestation verstanden wird; ja wir würden es auch Litiscontestation nennen, wenn der Beklagte die Facta der Klage zugesteht, ohne Einreden vorzuschützen. Aber im Sinne des Römischen Rechts könnte in einem solchen Fall gar von keiner Litiscontestation die Rede seyn. Vielmehr bringt die Römische Litiscontestation mit sich, daß der Beklagte in seiner Antwort dem Kläger widerspreche, daß er sich ihm widersetze [12]), also daß er entweder läugne oder Einreden vorschütze, oder beides mit einander verbinde. Kurz es gehört zum Begriff der Römischen Litiscontestation, daß der Beklagte sich gegen die Klage vertheidige. Es versteht sich nun, daß, da von den Wirkungen der Litiscontestation die Rede ist, der Ausdruck im Sinn des Römischen Rechts gebraucht werde; — eigentlich sollte diese Bemerkung nie fehlen, wenn

12) L. 14. §. 1. C. de jud. L. un. C. de litis contest.

von den Wirkungen der Litiscontestation die Rede ist. — Indessen, wenn es heißt: die Litiscontestation bringt diese oder jene Wirkungen hervor, und hier: sie eröffnet den Proceß, so wird dadurch zugleich ausgesagt: der Proceß nimmt nicht eher seinen Anfang, als bis, nach erhobener Klage, der Beklagte sich darauf eingelassen und dagegen vertheidigt hat. Daher kann man denn nun auch sagen, wenn wir in unserer Sprache reden, der Proceß nehme seinen Anfang erst mit der Litiscontestation im Sinne des Deutschen Processes; nur muß, wie hierbei hinzu zu setzen oder wenigstens hinzu zu denken ist, sie verneinend seyn, oder, wenn sie bejahend ist, der Beklagte Einreden damit verbinden. —

Nach dieser Bemerkung ist es Zeit, den Beweis zu führen, wovon vorher die Rede war.

Also schon nach der Natur der Sache fängt der Rechtsstreit erst mit der Litiskontestation an; erst dann, wenn gegen die Klage der Beklagte sich vertheidigt hat. Freilich, gibt es doch überhaupt keinen Kampf, keinen Streit, wenn einer den andern bloß angreift. Streit ist erst dann, wenn der Angegriffene sich widersetzt, wenn beide gegen einander kämpfen. Dies gilt ebensowol, wenn mit der Feder oder mit Worten, als wenn mit dem Degen gestritten wird. Man kann daher nicht eher sagen, ein Streit sey anhängig vor Gericht, als wenn der Beklagte gegen den Angriff des Klägers sich vertheidigt, den an-

gebotenen Streit aufgenommen, sich in einen Streit mit dem Kläger eingelassen hat. Nie wird Jemand behaupten, es sey ein Streit vor Gericht vorhanden (lis pendens) gewesen, wenn der Kläger bloß gefordert (geklagt) und nach der vom Gericht an ihn ergangenen Ladung der Beklagte, statt zu erscheinen, den Kläger befriedigt oder sich mit ihm verglichen hat; — und eben so wenig, wenn der Beklagte erschien, die Klage zugestand, und um Nachsicht bat. Immer wird es dann heißen: Zum Proceß ist es nicht gekommen. Dies alles ist nicht bloß Sprachgebrauch, sondern, was die Vorstellungen unterscheiden, drücket die Sprache richtig aus.

Daß nun zweitens auch nach Römischem Recht der Proceß erst mit der Litiscontestation seinen Anfang nehme ist sehr leicht zu beweisen [13]).

Nirgends im ganzen Römischen Recht wird gesagt, der Proceß nehme seinen Anfang mit der Editio actionis; wir haben vielmehr gesehen, daß durch die Klage der Proceß nach Paulus bloß

---

13) Doch ist dieser Beweis meines Wissens nie gehörig geführt worden. Pütter a. a. O. §. 25. und folgende sucht zwar zu beweisen, daß nach Römischem Recht der Proceß mit der Litiscontestation seinen Anfang genommen habe, führt auch unter andern an, daß die Griechen die Litiscontestation προκάταρξις τῆς δίκης, quasi litis initium genannt hätten, aber grade die Stellen, wodurch es eigentlich bewiesen wird, fehlen ihm.

vorbereitet wird. Eben sowenig findet sich eine Spur davon, daß der Proceß mit der vocatio in jus oder mit der citatio seinen Anfang nehmen sollte. Vielmehr ist es die Litiscontestation, von welcher gesagt wird, daß der Streit durch sie anhängig werde, daß der Proceß mit ihr seinen Anfang nehme.

Zuvörderst erhellet dies aus der Vergleichung folgender vier Stellen:

1) *L.* 58. *D. de obl. et act.*

Sciendum est, ex omnibus causis lites contestatas et in heredem similesque personas transire.

2) *L.* 87. *D. de reg. jur.*

— Denique post litem contestatam heredi quoque prospiceretur, et heres tenetur ex omnibus causis.

3) *L.* 139. *eod.*

Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae judicio salvae permanent.

4) *L.* 26. *D. de obl. et act.*

Omnes poenales actiones *post litem inchoatam* et ad heredes transeunt.

Also wird Litiscontestation mit Anfang des Rechtsstreits gleichbedeutend gebraucht. Dabei ist nicht zu übersehen, daß bei der Frage über den Anfang des Processes grade

die in der Litiscontestation enthaltene Handlung des Beklagten, das Aufnehmen des Streits von Seiten seiner — was die Römische Rechtssprache bekanntlich durch Judicium accipere ausdrückt — kurz seine Vertheidigung, ob sie bereits geschehen, besonders berücksichtigt wird.

L. 164. *D. de reg. jur.*

Poenalia judicia semel accepta in heredes transmitti possunt.

Weiter wird es bewiesen durch folgende Stellen des Codex:

1) *L. un. C. de litis cont.*

Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.

2) *L.* 16. *C. de judiciis.*

Apertissimi juris est, licere litigatoribus judices delegatos, *antequam lis inchoetur*, recusare: — —

Licet enim ex imperiali numine judex delegatus est, tamen, quia sine suspicione omnes lites procedere nobis cordi est, liceat ei, qui suspectum judicem putat, *antequam lis inchoetur*, eum recusare, — cum *post litem contestatam* neque appellari posse

ante definitivam sententiam, jam statuerimus, neque recusari posse etc.

Aus diesem Gegensatz zwischen dem Zeitraum vor Anfang des Processes und dem Zeitraum nach der Litiscontestation erhellet deutlich genug, daß der Rechtsstreit mit der Litiscontestation anfange.

Einen neuen Beweis für unsern Satz giebt die Lehre vom Streitobject. Ein Object, was streitig ist, darf bekanntlich der Beklagte nicht veräußern. Ein Object ist aber nach dem, was namentlich die Pandecten lehren, streitig, über welches lis contestirt ist [14]) Die Litiscontestation bringt die Wirkung hervor, daß die in Ansprache genommene Sache nun als sub lite befangen, als res litigiosa anzusehen ist. Und zwar wird auch diese Wirkung namentlich auf die Handlung des Beklagten, auf das tempus judicii accepti bezogen [15]). Folgt schon daraus nicht klar — wenn es anders erlaubt ist, aus der Wirkung auf die Ursache zu schließen — daß der Streit erst mit der Litiscontestation, und nicht eher, als bis der Beklagte sich vertheidigt hat, seinen Anfang nehme?

Durch die 112. Nov. hat Kaiser Justinian, so verstanden, wie man ihn gewöhnlich versteht, in dieser Hinsicht der Litiscontestation etwas entzogen, und dann für dies Mal an die Stelle

---

14) L. 1. §. 1. D. L. 4. C. de litigiosis.
15) L. 1, §. 1, D. de litigiosis. L. 13. D. fam. ercisc.

des Guten das Bessere gesetzt. Er verordnet: Eine Sache soll als res litigiosa angesehen werden, wenn Klage erhoben, und diese dem Beklagten vom Richter mitgetheilt ist.

Hält man sich mit J. H. Böhmer [16]) an die Worte des Kaisers, so bezieht sich die Verordnung desselben bloß auf Realklagen, und auch nur auf solche, wodurch das Eigenthum einer Sache in Ansprache genommen wird.

Betrachte ich die Worte der Novelle, so ist es mir zweifelhaft, worauf hier der Nachdruck ruht, ob Justinian bloß über das Object, oder ob er über den Zeitpunct, von welchem angerechnet eine Sache als streitig zu betrachten, oder ob er über Beides etwas Neues bestimmen wollte. Doch, dieß genauer zu untersuchen scheint mir, in diesem Fall nicht die Mühe zu belohnen. Die Rechtsgelehrten verstehen die Novelle gewöhnlich so, als beziehe sich das Neue, was hier verordnet worden, auf den Zeitpunct und Böhmer scheint zu glauben, es beziehe sich damit auf Beides. Die gewöhnliche Meinung hat die Auctorität des canonischen Rechts für sich. Mir scheint es sonst fast, Justinian wollte bloß in Ansehung des Objects entstandene Zweifel beseitigen; den Zeitpunct wollte er unverändert lassen; daß man ihn von diesem versteht, rührt daher, daß er in An-

16) Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 16. §. 2.

sehung desselben sich unvollständig aus-drückte.

Wie man nun aber auch die Novelle verstehen mag, und wenn man auch annimmt, der Zeitpunct, wannehe eine Sache litigiosa wird, sey nach dem neuesten Römischen Recht die Ladung; daraus folgt noch nicht, was man daraus zu schließen geneigt seyn möchte, dieser Zeitpunct sey nun überhaupt der Anfang des Processes. Nein, der Proceß fängt, ungeachtet der also verstandenen Novelle, nach wie vor mit der Litiscontestation an; das Object soll aber schon von Zeit der Ladung an als streitig betrachtet und folglich schon von diesem Zeitpunct an nicht veräußert werden dürfen: dies hat abermals die Auctorität des canonischen Rechts für sich, wie wir sogleich sehen werden.

Nämlich das canonische Recht soll den Anfang des Processes verändert haben. Aber — und dies ist der dritte zu beweisende Punct — auch nach canonischem Recht nimmt der Proceß mit der Litiscontestation seinen Anfang.

Ich bin überhaupt mißtrauisch gegen Veränderungen des Römischen Rechts, die im canonischen Recht enthalten seyn sollen, wenigstens bin ich schwergläubig in Ansehung beabsichtigter Veränderungen. Oft, wenn wir glauben, das canonische Recht habe einen neuen Rechtssatz eingeführt, ist es unsere mangelhafte Kenntniß des Römischen Rechts, welche macht, daß wir für neu halten,

was schon dem Römischen Recht gemäß ist. Noch öfter tritt vielleicht der Fall ein, daß irrthümliche Erklärungen der Glossographen sich in das canonische Recht, statt ächten Römischen Rechts, eingeschlichen haben. Und endlich wird bisweilen das canonische Recht selbst unrichtig verstanden [17]). Von diesem letztern wird eben hier ein auffallendes Beispiel vorkommen.

Es sind zwei Stellen, welche beweisen sollen, daß nach canonischem Recht die Ladung das Initium litis sey, — Stellen, welche namentlich auch diejenigen für sich anführen, welche lehren, durch die Ladung werde Rechtshängigkeit bewirkt.

1) *Clem. 2. ut, lite pendente nil innovetur.*

Lis dicitur pendere, quoad hoc, ut nihil debeat innovari, cum citatio legitime pervenit ad partem, vel per eam stetit, quominus perveniret, cum tali expressione,

---

17) Veränderungen des Römischen Rechts sind in den Decretalen grade nicht zu suchen oder doch nicht zu vermuthen, als in welchen, auf ähnliche Art, wie in den Decreten und Rescripten der Römischen Kaiser, hauptsächlich nur das schon bestehende Recht angewandt werden sollte. *Glück* opusc. fasc. 1. p. 289. 290. Daß die Päbste in den Decretalen mitunter auch Rechtssätze aufstellen, wie sie den Gewohnheiten der Oerter gemäß waren, wohin diese Schreiben gerichtet sind, daß man daher Spuren des altdeutschen Rechts im canonischen finde, ist bekannt.

quod potuit instrui, super quo conveniatur. Cum, lite pendente, nihil debeat innovari, cum citatio legitime pervenit ad partem; litem quoad hoc pendere censemus, postquam a judice competenti in ea citatio emanavit, vel per eam factum fuit, quominus ad ejus notitiam perveniret: dum tamen in citatione praedicta talia sint expressa, per quae plene possit instrui, super quibus in judicio convenitur.

Hier scheint nun manches Neue bestimmt zu seyn, namentlich auch, daß von Zeit der Insinuation der Ladung angerechnet der Streit rechtshängig, also angefangen sey. Allein, im Grunde ist hier nichts als Römisches Recht oder was der Pontifex für Römisches Recht hielte. Nämlich, daß a tempore litis motae überhaupt keine Veränderungen am Streitobject vorgenommen werden dürfen, ist in der That schon dem ältern Römischen Recht gemäß, auch wird der Satz nicht sowol angeordnet, als vielmehr wie bekannt vorausgesetzt. Findet er sich gleich nicht namentlich im Römischen Recht, so folgt er doch daraus, daß nach Grundsätzen des Römischen Rechts der Kläger auf die Sache, wie sie ist zur Zeit der Litiscontestation, Ansprache hat, wenn sie ihm nämlich überhaupt zuerkannt wird, — daß ihm, unter dieser Voraussetzung, alles dasjenige zu Theil werden soll, was er gehabt haben würde,

hätte der Beklagte sie ihm nicht streitig gemacht [18]). Der Zeitpunct, von wo an eine Sache als res litigiosa zu betrachten, so daß nun keine Veränderungen daran vorgenommen werden dürfen, ist nach neuerm Römischen Recht, nämlich nach der Novelle 112. die Zeit, wo der Beklagte durch den Richter von der erhobenen Klage zuerst benachrichtigt worden, wenigstens ist dies die Auslegung der Novelle, wie sie bei dieser Stelle des canonischen Rechts zum Grunde liegt, und auch der gewöhnlichen Meinung der Rechtsgelehrten gemäß ist. Daß der Pontifix die Novelle vor Augen hatte, erhellet besonders auch aus den Schlußworten desselben, wornach ausdrücklich vorausgesetzt wird, daß der Beklagte durch den Richter und die von ihm erlassene Ladung von der Ansprache des Klägers gehörig unterrichtet worden, worauf auch in der Novelle besonders Rücksicht genommen wird; so daß also auch in dieser Hinsicht vom fünften Clemens nichts Neues angeordnet worden. Der Satz selbst ist sehr vernünftig. Denn, sobald Klage erhoben und der Beklagte davon unterrichtet ist, gebührt es ihm, den Ausgang des Processes abzuwarten, und die Sache als eine solche zu behandeln, die ihm von seinem Gegner leicht entzogen werden kann, dessen Ansprüche der Richter als besser gegründet er-

---

18) L. 2. D. de usur. et fruct. L. 91. §. 7. D. de leg. 1.

finden mögte. Wäre es dem Beklagten erlaubt, die Sache bis zur Litiscontestation hin nach Willkühr zu behandeln, so könnte er diese Freiheit zum großen Nachtheil des Klägers leicht mißbrauchen.

Namentlich über den Anfang des Processes hat Clemens nichts Neues bestimmt; davon war hier überhaupt die Rede nicht und es fehlte also die Gelegenheit dazu. Der Pontifex fühlte aber, es könne daraus, daß von Zeit der Citation an das Object als streitig zu betrachten, voreilig geschlossen werden, der Proceß fange überhaupt mit der Ladung an; daher wird, indem er sich des Ausdrucks bedient: lis pendet, mit gutem Vorbedacht hinzugesetzt: *quoad hoc.*

Also nur in Hinsicht auf das Object und die daran vorzunehmenden Veränderungen ist der Streit schon früher als anhängig zu betrachten, in andrer Hinsicht aber nicht. Der Anfang des Processes wird hier, daß ich mich dieses Ausdrucks bediene, antidatirt, damit der Satz, daß die in Ansprache genommene Sache eine streitige wird, obwohl der Streit noch nicht angefangen, als Wirkung mit der Ursache zusammenhänge.

Das *quoad hoc* — was nicht nur in der Stelle selbst, sondern auch in der vorangesetzten Summa, die, obwohl in den Decretalen von gesetzlichem Ansehen entblößt, doch für die Interpre-

tation nicht ohne allen Werth ist [19]), einschränkend hinzugesetzt worden, damit ja keine allgemeine Regel daraus hergeleitet werde — dies *quoad hoc* bildet für die Litiscontestation, als den wahren Anfang des Processes, eine eherne Schutzmauer, welche die Rechtsgelehrten zwar umgehen, aber nicht durchbrechen konnten, dies kleine *quoad hoc* wiegt Centnerschwere Deductionen auf, wodurch bewiesen werden soll, der Proceß fange mit der Ladung an. Pütter, der die Stelle mittheilt, hat dies *quoad hoc* — ausgelassen [20]). Wie schade, daß ich nicht noch einmal sagen kann:

---

19) *Glück* Praecogn. jurispr. eccles. §. 52.

20) Unserm Glück entging es nicht, das Quoad hoc; doch hat er es nicht gehörig benutzt. Denn, zu mißtrauisch gegen sich selbst, zu sehr geneigt, in fremde Ideen einzugehen, wie dieser übrigens so gelehrte, verdiente und achtungswürdige Schriftsteller, von dessen ausgebreiteten Kenntnissen, noch außer dem bekannten Pandectencommentar, diesem herculischen Werk, so viele andre treffliche Werke das vortheilhafteste Zeugniß ablegen, zu seyn scheint, läßt er, gleich Grollmann, den Proceß mit der Klage anfangen und leitet aus den Worten der Clementine nur die Folge ab, daß der Rechtshängigkeit nicht alle die Wirkungen mitgetheilt worden, welche nach Römischem Recht nur die Litiscontestation hervorzubringen vermocht. Es scheinen dabey undeutliche Vorstellungen von dem Begriff der Rechtshängigkeit zum Grunde zu liegen. Wer, wie Glück thut, der Ladung die Wirkung beylegt, sie bringe Rechtshängigkeit hervor, muß auch zugeben, daß der Proceß mit ihr anfange. S. Glück Erl. der π. Thl. 3. S. 353. und 404.

Quoad hoc, damit die Rechtsgelehrten es nicht überhören! —

Die andre Stelle des canonischen Rechts — cap. 19. X. de foro competenti — gehört gar nicht hieher. Zufolge dieser Stelle bringt die Ladung die Wirkung hervor, daß Veränderungen, die von jetzt an in Ansehung des Gerichtsstandes des Beklagten vorgehen, weiter von keinem Einfluß sind, und daß derjenige Richter, bei welchem einmal geklagt worden und dessen Ladung insinuirt worden, für diese Sache der zuständige bleibt, wenn er auch von jetzt an aufhören sollte, der ordentliche Richter des Beklagten zu seyn. Dies ist ebenfalls schon dem Römischen Recht gemäß, ja es ist beinahe wörtlich daraus entlehnt. Schon nach dem Recht der Pandecten bringt die Ladung, die in jus vocatio, (also sogar die Römische Privatladung) die Wirkung hervor, daß der Geladene auf Veränderungen des Gerichtsstandes, die von jetzt an vorgehen, keine den Gerichtsstand ablehnenden Einrede gründen kann [21]). Auf den Anfang des Processes bleibt dies ohne allen Einfluß. Denn, wenn der Rechtssatz schon nach Römischem Recht, was ihn zuerst aufstellte, auf den Anfang des Processes keinen Einfluß hatte, wie mag er nach canonischem Recht ihn äußern, was den Römischen Rechtssatz bloß wiederholt?

---

21) L. 7. D. de judiciis.

Soll ich nun auch den vierten Satz erweisen? Hier würde ich mich einem Beweise unterziehen, den ich zu führen nicht nöthig habe; die Anwälde der Ladung sind es vielmehr, welche zu beweisen haben, daß die Sätze, welche, außer der Natur der Sache, Römisches und canonisches Recht einstimmig lehren, für unsern Proceß von keiner Gültigkeit sind. Meine Sache ist es nur allenfalls, einen Gegenbeweis zu führen und diesen Gegenbeweis zu anticipiren.

Soll das Römische und canonische Recht etwa deshalb nicht gelten, weil wir unter Litiscontestation etwas Anderes verstehen, als jene? — Die verschiedenen Bedeutungen des Worts können nicht hindern, daß der Rechtssatz: der Streit fängt erst an, wenn, nach erhobener Klage, der Beklagte sich dagegen vertheidigt hat, — daß dieser Rechtssatz selbst, sage ich, für uns nicht von Gültigkeit seyn sollte.

Ueberdies finden wir auch, daß im neuern canonischen Recht, wodurch das Römische Recht in Hinsicht des Anfangs des Processes nicht geändert, sondern vielmehr, wie wir gesehen haben, bestätiget wird, der Ausdruck Litiscontestation in demselben Sinne gebraucht worden, wie, wahrscheinlich eben auf diese Veranlassung — ich wüßte wenigstens keine andere — wir ihn gebrauchen. Es geht dies aus cap. 1 et 2. de litis cont. in sexto hervor. Hier wird Litiscontestation bloß von der Antwort des Beklagten auf die Klage gebraucht

und von den Einreden desselben abgesondert, denen jene sogar entgegengesetzt wird [22]).

Oder sollte in der Vorstellung des Römischen Rechts, daß durch die Litiscontestation eine neue Verbindlichkeit quasi ex contractu entspringt, der Grund enthalten seyn, der Litiscontestation jene Wirkung gegenwärtig abzusprechen?

Der Umstand, daß die Römischen Rechtsgelehrten die Verbindlichkeit der Partheyen, das Urtheil abzuwarten, und dem Ausspruch des Richters Folge zu leisten, auf eine Verbindlichkeit quasi ex contractu zurückführten, berechtigt uns allein noch nicht, die Folgerungen, die daraus geflossen sind, zu verwerfen; vielmehr müßte erst bewiesen werden, daß in der Römischen von der unserigen abweichenden Verfassungsart der alleinige Grund zu dieser Vorstellung enthalten gewesen [23]).

---

22) Nur in einigen Stellen des ältern canonischen Rechts wird der Ausdruck im Römischen Sinne gebraucht. cap. 54. X. de election. cap. un. X. de litis cont. *J. H. Böhmer* Jus eccles. Prot. lib. tit. 5. §. 4. sq. und Glück Erl. der π. 6. Thl. S. 174.

23) Daraus, daß nach älterm Römischen Recht die Partheyen in die Person des vom Praetor zur Untersuchung und Entscheidung der Sache zu bestellenden judex pedaneus einwilligten, (L. 47. D. de jud. L. 80. D. eod. L. 23. pr. D. de appellat. *J. H. Böhmer* Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 5. §. 2. *Glück* Opusc. fasc. 2. p. 391. sq. Ebendas. Erl. der π. 6. Thl. S. 168), scheint jene Vorstellung nicht nothwendig zu folgen. Und zwar um so weniger, da eine solche Bestel-

Ueberdies, wenn auch einige von den Wirkungen der Litiscontestation als Folgerungen jener Vorstellung anzusehen sind, wie dies namentlich der Fall ist in Ansehung des Uebergangs der Poenalklagen, die, eben weil sie auf Strafe gerichtet sind, gegen die Erben nicht angestellt werden können, indem die Verbindlichkeit, Strafe zu leiden, nur dem Schuldigen obliegt, nicht dem unschuldigen Erben, nach der Regel: poena non cadit nisi in nocentem, oder, wie Marcellus [24]) spricht: in poenam heres non succedit, — nun aber, nach der Litiscontestation, wegen der dadurch contrahirten neuen nicht ex delicto entspringenden Verbindlichkeit gegen die Erben fortgesetzt werden dürfen; — in Ansehung aller Wirkungen ist dies doch nicht erweislich, ja es ist meines Wissens Niemanden in den Sinn gekommen, alle Wirkungen der

---

lung schon nach älterm Römischen Recht grade nicht immer geschahe, in dem Recht auch ohne sie (extra ordinem) vom Praetor nicht selten gesprochen ward, — und nach neuerm Römischen Recht die ganze Sitte (mos judicum dandorum) bekanntlich Antiquität ist §. ult. J. de interdictis. Nicht auf diese ältere Sitte, nicht auf die Präliminarien vor dem Prätor, sondern auf die neue Verfahrungsart scheint überhaupt nur in dem, was, namentlich über den Begriff der Litiscontestation, in den Gesetzen vorkömmt, Rücksicht genommen zu seyn, wie sie denn auf allen Fall die Sätze selbst beybehalten haben, wozu etwa die frühere Sitte ursprünglich die Gelegenheit gegeben haben könnte.

24) L. penult. D. de novi oper. nunc.

Litiscontestation aus jener Vorstellung abzuleiten; und, was namentlich die Wirkung der Litispendenz betrifft, so ist gar nicht abzusehen, wie jene Vorstellung diese Wirkung hervorbringen konnte, als welche vielmehr, wie gezeigt ward, schon in der Natur der Sache gegründet und überdies auch, was schon allein den Ausschlag gibt, dem canonischen Recht gemäß ist.

Ja, wenn wir auch vom canonischen Recht ganz abstrahiren, erkennen wir nicht überhaupt die Wirkungen der Litiscontestation, wie sie das Römische Recht ihr beygelegt, im Allgemeinen als gültig an? Es müssen besondere Gründe vorhanden seyn, wenn diese oder jene Wirkung bey uns wegfallen soll. Erkennen wir nicht durch die That auch jene Wirkung, den Proceß zu eröffnen, — in den Folgesätzen an, die daraus hergeflossen sind?

Welche sind dilatorische Einreden, wenn nicht solche, wodurch der Beklagte einen Streit mit dem Kläger über das Object, was er fordert, wenigstens einstweilen oder vor diesem Gericht von sich ablehnen will. Diese Einreden finden nur vor der Litiscontestation Statt. Warum nur vor der Litiscontestation? Weil späterhin der Proceß schon angefangen hat und es widersprechend seyn würde, den Streit von sich abzulehnen, nachdem man sich schon in den Streit eingelassen hat.

Gleichwie der Beklagte schon nach Römischem Recht dilatorische Einreden gleich Anfangs, nämlich vor der Litiscontestation, vorzuschützen hat [25]); also gebührt es ihm auch, traut er dem Richter nicht den Willen zu, zwischen ihm und seinem Gegner das Recht gleichmessend zu vertheilen, und will er ihn also als verdächtig verwerfen, dies vor der Litiscontestation zu thun [26]). Späterhin ist es ihm nicht weiter erlaubt; es sey denn, daß die Gründe des Verdachts sich erst späterhin hervorthun. Worin liegt der Grund der spätern Ausschließung von diesem Recht? Darin, daß mit der Litiscontestation der Streit seinen Anfang genommen und der Beklagte folglich bey diesem Richter in einen Streit mit dem Kläger schon eingegangen ist.

Eben so gibt es gewisse Einreden, wobey es nicht aufs Verschieben abgesehen ist, sondern die gegen die Ansprache des Klägers selbst gerichtet sind, und obgleich von peremtorischer Natur, doch vor der Litiscontestation vorgeschützt werden dürfen; Einreden, welche, wenn sie gegründet sind, die Wirkung hervorbringen, daß sie den Beklagten von der Einlassung befreien. Man nennt sie processhindernde und mit Recht, weil der Beklagte durch sie den ganzen Streit als unnütz von sich ablehnen will und sie

---

25) L. penult. et ult. C. de except.
26) L. 16. C. de jud.

gegründet auch diesen Erfolg haben, nämlich den Rechtsstreit in der Geburt zu ersticken [27]).

Niemandem ist unbekannt, was in Ansehung der Veränderung des Klageantrags den Regeln des Processes gemäß ist. Eine Veränderung, wodurch der Klageantrag in wesentlichen Stücken, als in Ansehung der Art der Klage, des Klagegrundes, des Objects geändert wird, ist dem Kläger zwar vor der Litiscontestation, nach diesem Zeitpunct in diesem Proceß aber nicht mehr vergönnt. Warum setzt die Litiscontestation der Freiheit, die Klage in solchen Stücken zu ändern, ein nicht zu überschreitendes Ziel? Mit der Litiscontestation hat der Proceß seinen Anfang genommen. Durch eine Aenderung jener Art nach dem Anfang des Processes würde die Identität des nun bereits angefangenen Rechtsstreits gestört werden; es würde der alte Streit nicht mehr seyn, sondern ein neuer, und ein neuer Streit — läßt neue Vertheidigung zu. —

Wir sehen also: die Ladung bringt Wirkungen hervor, die zum Theil von der Art sind, daß es scheint, als habe der Streit schon seinen Anfang genommen, oder die einen bereits angefangenen Rechtsstreit vorauszusetzen scheinen; aber der

---

27) Der lateinische Ausdruck ist nicht so treffend. Er verfährt zu der unrichtigen Vorstellung, als habe der Proceß schon angefangen und nur sein Fortschreiten solle gehindert werden.

Proceß überhaupt nimmt erst mit der Litiscontestation seinen Anfang.

Damit wir uns aber nicht auf den Civilproceß beschränken, sondern von dem, was hier vorgetragen worden, auch die Anwendung auf den Criminalproceß machen; sey es mir erlaubt, ehe ich schließe, Folgendes hinzuzusetzen. Daß der Anklageproceß, welcher dem Civilproceß ähnlich ist, mit der Litiscontestation seinen Anfang nehme, darf nach dem Obigen kaum besonders bemerkt werden. Was aber den Inquisitionsproceß betrifft, so bildet, wie Hagenmeister [28]) gezeigt hat, die Specialinquisition den eigentlichen förmlichen Criminalproceß im Untersuchungsverfahren: diese Specialinquisition nun nimmt, wie Meister bemerkt, nach der gemeinen Lehre der Criminalisten mit dem Verhör des Angeschuldigten über die Inquisitionalartikel ihren Anfang [29]), was auch überhaupt allerdings für richtig zu halten und nach dem Obigen der Analogie des Civilprocesses angemessen ist. Das Verhör des Inquisiten ist der Litiscontestation zu vergleichen, so wie die Vertheidigung zur Abwendung der Specialinquisition der Vorschützung von dilatorischen und proceßhindernden Einreden an die Seite zu setzen ist, indem der Inquisit durch jene die Einlassung auf die Inquisitionalartikel, und somit das Entstehen eines Criminalprocesses, von sich abwenden will.

---

28) Erörterungen über General- und Special-Inquisition, Berlin 1804.

29) *Meister* Princ. jur. crim. ed. 5ta. §. 395.

2.

Ende des Prozesses.

Laßt uns mit dem Anfang das Ende verknüpfen; was dazwischen liegt, werde für jetzt bey Seite gesetzt.

Welche sind die Arten, wodurch der Rechtsstreit beendigt wird? — Ich finde nicht, daß die Lehrbücher des Proceesses von ihnen besonders handeln, oder, wenn sie davon handeln, ist es nicht vollständig. Laßt uns diese Lücke ausfüllen.

Der Rechtsstreit wird also beendigt

1. durch den rechtskräftigen Ausspruch des Richters. Was nun noch, nicht einmal nothwendig geschieht, die Vollstreckung des Urtheils, bey uns durch den Richter, gehört dem Rechtsstreit nicht mehr an, sondern ist Folge davon, daß die Staatsgewalt durch den Richter das Recht des einen, nach beendigter Untersuchung, als gegründet erkannt hat, und dieser Ausspruch unabänderlich geworden ist.
2. Durch Vergleich. Der Vergleich kann außergerichtlich geschlossen werden; aber auch durch Vermittelung des Gerichts. Ein Proceß wird als ein Uebel angesehen; ja ein Bekanntes Sprichwort hält es sogar für ein geringeres Uebel, von seinem Recht einzubüßen, als es durch Hülfe des Richters zu erstreiten; Macra concordia melior pingui sententia.

Unsre Gesetze theilen diese Ansicht und sie machen es daher dem Richter zur Pflicht, in zweifelhaften Sachen den Versuch anzustellen, die streitenden Theile in Güte auseinander zu setzen. Den Streit zu untersuchen und zu entscheiden, dies bringt das Amt des Richters mit sich; ihn durch Vergleich zu beendigen zu suchen — und also sich zu bemühen, sich selbst außer Thätigkeit zu setzen — gehört an und für sich nicht dazu, sondern ist von den Gesetzen hinzugethan. Diesen ihren Diener haben unsre Gesetze nicht bloß zum Richter, sondern auch zum Vermittler bestellt [1]).

Ein Vergleich hat die Kraft eines rechtskräftigen Urtheilsspruchs [2]).

3. Die Lehrer des Processes erwähnen auch des zugeschobenen und abgeschwornen Eides und zwar nennt J. H. Böhmer [3]) den außerge-

---

1) Der Richter verletzt die Pflichten seines Amts, wenn er den Versuch der Güte anzustellen in zweifelhaften Fällen verabsäumt. Allein, eine Ungültigkeit des Verfahrens kann aus dieser Unterlassung nicht entstehen; darin sind die Rechtslehrer einverstanden. Der Grund ist unerkannt bey der Hand. Der Versuch der Güte steht mit dem übrigen Verfahren in gar keinem Zusammenhange, sondern erscheint vielmehr ganz getrennt davon.

2) L. 10. C. de transact. *L.* 20. *eod.* Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit.

3) Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 25. §. 9.

richtlichen, Danz [4]) hingegen den gerichtlichen Eid. Vielleicht haben beyde Recht; denn Paulus lehrt im Allgemeinen:

> Jusjurandum speciem transactionis continet: majoremque habet auctoritatem, quam res judicata [5]).

Allein dies paßt doch eigentlich nur auf den außergerichtlichen (assertorischen) Eid. Nur von diesem ist es wahr, daß die Sache dadurch in Art eines Vergleichs beygelegt wird.

Was hingegen den gerichtlichen Eid betrifft, so läßt dieser sich zwar auch auf einen Vertrag zurückführen, doch dient er hauptsächlich als Beweismittel vor Gericht. Die nächste Folge des geschwornen gerichtlichen Eides ist nicht, wie beym außergerichtlichen, daß die Forderung des Schwörenden als gegründet oder die Forderung seines Gegners als ungegründet anzusehen, sondern nur, daß (beym zurückgeschobenen Eide) dasjenige, als bewiesen und (beym zugeschobenen) als nicht bewiesen anzunehmen, was beschworen ist. Was beschworen worden, erschöpft öfters nicht den Beweissatz, sondern ist nur auf einzelne Theile desselben gerichtet, oder dient nur den Beweissatz zu unterstützen, und auf allen Fall ist ein richterliches

---

4) Grundsätze des ordentlichen Processes, 4te Ausgabe, §. 188.

5) L. 2. D. de jurejur.

Urtheil nöthig, was die Folgen des geschwornen Eides ausspricht [6]). So wenig, wie man beym Gebrauch irgend eines andern Beweismittels sagen kann, der Streit sey beendigt, wenn der Beweis gelungen oder mißlungen ist, eben so wenig kann man dies dann sagen, wenn der zum Zwecke des Beweises zugeschobene oder zurückgeschobene Eid geschworen ist. Selbst der außergerichtliche Eid (welcher bey uns wol nicht anders vorkömmt, als nur in den Büchern) kann hier, wo von den Mitteln die Rede ist, einen bereits angefangenen Rechtsstreit zu beendigen, kaum erwähnt werden; — nur insofern würde er hierher gehören, als von einem nach ausgebrochenem Processe außergerichtlich zugeschobenen Eide die Rede wäre. Dasselbe gilt auch von dem Vergleich überhaupt.

Der Proceß erreicht sein Ende

4. Durch Entsagung.

Dem Rechtsstreit kann ein streitender Theil auch einseitig entsagen, insofern er nämlich als Kläger seine Ansprache als ungegründet aufgeben oder als Beklagter die Forderung seines Gegners

---

6) *L.* 25. §. 3. *D. de probat.* In omnibus visionibus, quas proposuimus, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre, — *ut judex juramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare etc.*

als gegründet anerkennen will, und diesen zu befriedigen, ihm als Kläger wenigstens die Kosten zu ersetzen bereit ist [7]). Geschied die Entsagung per modum pacti, so kömmt alles auf den Inhalt des Vertrags an.

Auch der Erbe und singuläre Nachfolger haben nicht nöthig, den Streit, worin der Erblasser oder Vorgänger verwickelt war, fortzusetzen; sie können ihn aufgeben, statt ihn aufzunehmen. Auch diese müssen sich gleich dem Erblasser oder Vorgänger den Folgen eines verlornen Processes unterwerfen, doch hat der singuläre Nachfolger, da er nur in die Sache, auf welche der Streit Beziehung hatte, nicht aber in die persönlichen Verbindlichkeiten seines Vorgängers diesem nachfolgt, natürlich nicht nöthig, dem Gegner seines Vorgängers die Kosten des Processes zu erstatten, sondern kann ihn vielmehr an seinen Vorgänger verweisen [8]).

Wie aber, wenn der Successor singularis den Proceß aufnimmt, und ihn verliert, wie steht es

---

7) Mev. 6. dec. 259. — Die Regel, daß der Entsagende seinem Gegner die Kosten zu ersetzen habe, kann doch eine Ausnahme leiden, nämlich wenn er erst jetzt während des Streits in die Lage gekommen ist, die Unrechtmäßigkeit seiner Sache erkennen zu können. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Proc. 2 Thl. §. 476. Note 2.

8) *Schaumburg* Princ. prax. jur. jud. lib. 1. sect. 2. cap. 7. §. 6.

dann in Ansehung der Kosten? Ohne Zweifel muß er diejenigen tragen und beziehungsweise ersetzen, welche erwachsen sind, seit er den Streit aufgenommen. Er muß aber auch, — so lehrt Kind [9]) und mit ihm Martin [10]) — selbst diejenigen übernehmen, welche während der Zeit aufgewandt worden, da sein Vorgänger den Proceß noch führte; doch kann er, setzt Kind hinzu, gegen diesen oder die Erben desselben seinen Regreß nehmen. Ich werde hierauf sogleich wieder zurückkommen. —

Wie ferner, wenn er den Proceß gewinnt oder wenn er sich vergleicht? Im erstern Fall würde der Vorgänger ohne Zweifel die Kosten, soweit er sie aufgewandt, von seinem Gegner fordern können, ihm auch, so scheint es, das Recht nicht zu versagen seyn, da er wegen der Kosten bey dem Ausgange des Streits interessirt ist, um dieser Kosten willen an dem Streit ferner noch Theil zu nehmen. Bey einem Vergleich würde er zuzuziehen seyn und einwilligen müssen, dieser außerdem sein Recht, Kostenersatz zu begehren und um deswillen den Streit fortzusetzen, nicht aufheben.

Doch, wenn ich die Sache noch sorgfältiger erwäge, scheint es mir, daß die folgenden Principien den Aussprüchen der Vernunft am Reinsten und Genauesten angepaßt seyn würden. Geht die Sache, auf welche der Streit sich bezog, auf einen sin-

---

9) Quaest. for. P. 3. cap. 62.
10) Lehrbuch des bürgerlichen Proc. §. 291. Note a.

gulären Nachfolger, z. B. auf einen Käufer über, so muß man von jetzt an gänzlich scheiden (nämlich in der Idee) den Proceß, soweit er die Hauptsache von dem Proceß, welcher die bisher erwachsenen Kosten betrifft, oder auf sie von Einfluß ist. Jenen kann der Nachfolger nach Belieben aufgeben oder fortsetzen, ohne daß der Vorgänger es hindern kann; diesen umgekehrt der Vorgänger, ohne daß der Nachfolger es ihm verwehren kann. Setzt der Nachfolger den Hauptstreit fort, so kann, wie ich schon gesagt habe, der Vorgänger wegen der bisherigen Kosten Theil daran nehmen. Sie beyde machten dann, bey der Einheit ihres Interesse, gemeinschaftliche Sache gegen ihren Gegner. Aber er kann es nicht nur, sondern hypothetisch muß er es auch. Thut er es nicht, so kann der Richter in dem Endurtheil, worin er die Hauptsache entscheidet, über die bisher erwachsenen Kosten gar nicht mit urtheilen; dem Nachfolger kann er sie nicht zuerkennen, weil sie ihm nicht gebühren, und dem Vorgänger nicht, weil er an dem Proceß weiter keinen Theil nimmt; eben so wenig kann der Richter den Nachfolger in die Kosten verurtheilen, weil er diese Kosten nicht verschuldet und bloß durch das Factum der Fortsetzung eines von einem andern angefangenen Rechtsstreits zwar allenfalls zur Erfüllung des Urtheils, soweit es ihn angehen kann, damit aber noch nicht zum Ersatz dieser Kosten sich verbindlich gemacht hat (mit

einer solchen Uebernahme dieser Kosten würde auch der Regreß gegen seinen Vorgänger, den Kind ihm derentwegen zugesteht, nicht wol zusammen stimmen); was aber den Vorgänger betrifft, wenn man auch annehmen wollte, der Richter könne ihm ohne weitere Theilnahme am Proceß Kosten zuerkennen, verurtheilen in die Kosten kann er diesen Vorgänger gewiß nicht, weil er an dem Proceß weiter keinen Theil nimmt. Es würde hier die Regel in Betrachtung kommen: Res inter alios judicata tertio nec prodest, nec nocet [11]). Man wende nicht ein: der Vorgänger habe es gewußt, daß der Nachfolger den Proceß fortsetze, folglich habe er darin eingewilligt, und dieser den Proceß in seinem Namen mit fortgeführt. Eine solche Einwilligung ist nur dann anzunehmen, wenn derjenige, den der Streit hauptsächlich und zuerst anging, die Führung des Processes von Seiten des andern, dem nur secundo loco Klage- oder Vertheidigungs-Recht zustand, hindern konnte [12]). Wenigstens würde ein Urtheil, worin er

---

11) L. 63. pr. D. de re jud. L. 2. C. quibus res jud. non nocet.

12) L. 63. D. de re jud. Eine ausführliche Erläuterung dieser Stelle findet sich bey Donell Com. de jure civ. lib. 27. p. 417. *Pufendorf* obs. jur. un. p. 3. obs. 64. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Proceß, 2 Theil, §. 365. Es gehört hieher auch noch aus dem canonischen Recht cap. 25. X. de sent. et re jud.,

in die Kosten verurtheilt würde, ihm besonders publicirt werden müssen. Am richtigsten wäre es wol, wenn der Vorgänger angehalten würde, sich darüber zu erklären, ob er 1) um der Kosten willen den Streit fortsetzen, oder, wenn der Nachfolger ihn fortsetzt, daran Theil nehmen, oder, ob er 2) sich ohne weitere Theilnahme dem Endurtheil unterwerfen, oder, ob er 3) an seinem Theil den Streit, der ihn nur der Kosten wegen noch interessirt, aufgeben wolle. Im letzten Falle würde er seinem Gegner die bisher erwachsenen Kosten zu ersetzen haben; wobey es dann dem Nachfolger überlassen bliebe, den Streit in der Hauptsache nach Belieben fortzusetzen oder aufzugeben. —

Nach geschehener Entsagung, welche auch durch die That, nämlich durch Befriedigung, erklärt werden kann, ist der Streit beendigt, und kann nach einer bekannten Rechtsregel (ad semel renunciata non amplius patet regressus) nicht wieder aufgenommen werden.

L. 4. C. de pactis.

Postquam liti de praedio motae renunciasti, causam finitam instaurari posse nulla ratio permittit.

Außer diesen Tilgungsarten, deren die Rechtsgelehrten beyläufig erwähnen, wird die folgende

---

worin der Inhalt der angeführten l. 63. kürzlich wiederholt wird.

Art, wodurch der Rechtsstreit aufhört, vermißt [13]). Diese ist nämlich 5), wenn das Object, worüber gestritten wird, im Lauf des Processes zu Grunde geht. Doch würde vorauszusetzen seyn, daß der Streitgegenstand gänzlich zu Grunde geht; nam meum est, quod ex re mea superest [14]); auch kann selbst unter dieser Voraussetzung, namentlich wegen der Entschädigung der Früchte u. s. w. oder um der Gewährsleistung willen, Fortsetzung des Streits und richterliches Urtheil [15]) und wenn auch der Hauptstreit aufhört, doch über die Kosten zu entscheiden nöthig seyn.

3.

Von Proceßhindernden Einreden.

Können alle peremtorische Einreden als Prozeßhindernde gebraucht werden? Müssen Prozeßhindernde Einreden sogleich liquid seyn, und warum? Was hat es überhaupt mit Prozeßhindernden Einreden für eine Bewandniß?

Mag es auch auf den ersten Anblick scheinen, daß ich hier heterogene Dinge zusammenstelle, so

---

13) Nur bey Martin: Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes, 3. Aufl. §. 309, finde ich doch, daß derselben Erwähnung geschieht.

14) L. 49. §. 1. D. de rei vindic.

15) *L.* 7. §. 5. *et* 6. *D. ad exh:* Si quis, cum judicii accepti tempore possideret, postea sine dolo

kann ich doch über Tadel ganz ruhig seyn. Denn wer sich nur die Mühe nimmt — ich hoffe, sie wird nicht ganz unbelohnt bleiben — was ich hier vortragen werde, mit Aufmerksamkeit zu lesen, wird diese Zusammenstellung nicht länger tadeln, ja vielleicht am Ende sie noch loben.

Der Regel nach befreien bekanntlich peremtorische Einreden nicht von der Einlassung auf die Klage; ihr Zweck ist nur darauf gerichtet, die Klage, falls sie gegründet seyn sollte, zu zerstören. Ausnamsweise sind einige peremtorische Einreden von der Art, daß sie vor der Einlassung zu dem Zwecke, um diese abzulehnen, vorgeschützt werden

---

malo possidere desierit, absolvi eum oportet, quamvis sit (inquit Pomponius), quod ei imputetur, cur non statim restituit: sed passus est secum litem contestari. §. 6. Idem scribit, si quis litis contestatae tempore possederit, deinde desierit possidere, mox coeperit sive ex eadem causa, sive ex alia, condemnari eum oportere, nisi restituat. *L.* 11. *D. jud. solvi:* Si servus, qui in rem actione petebatur, lite contestata decesserit, deinde possessor litem deseruerit, quidam fide jussores ejus, pro lite datos non teneri putant: quia mortuo homine nulla jam res fit: quod falsum est, quoniam expedit, de evictione actionis conservandae causâ, item fructuum nomine rem judicari. *L.* 16. *pr. D. de rei vind.:* Utique autem etiam mortuo homine, necessaria est sententia propter fructus et partus et stipulationem de evictione. Non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet.

können; das sind die Proceßhindernden Einreden. Dahin gehören 1) die Einreden des geendigten Rechtsstreits (exceptiones litis finitae). Arten derselben sind a) die Einrede des rechtskräftigen Urtheils (exceptio rei judicatae), b) die Einrede des Vergleichs (exceptio transactionis), c) die Einrede der Entsagung (exceptio renunciationis), d) die Einrede des geschwornen zugeschobenen Eides (exceptio jurisjurandi — wie J. H. Böhmer sagt, extra judicium, wie Danz in judicio — delati et praestiti). Sollen diese Einreden diese Wirkung hervorbringen, so ist nöthig, daß sie sogleich liquid sind; — ein Erforderniß, was das Gesetz, worauf diese Lehre sich gründet, nicht kennt. Es gehören dahin

2) den Rechtsgelehrten zufolge, unter dieser Voraussetzung, alle übrige peremtorische Einreden. Alle peremtorische Einreden, außer den Einreden des geendigten Rechtsstreits, können vor der Einlassung, zum Zweck und mit der Wirkung, davon zu befreien, vorgeschützt werden, wenn sie sogleich liquid und dabey von der Art sind, daß sie die Klage in totum zerstören.

Dies ist etwa die gewöhnliche Lehre, wie sie z. B. J. H. Böhmer [1]), G. L. Böhmer [2]),

---

1) Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 25. §. 9. sq.

2) Princ. jur. can. §. 766.

Schaumburg [3]) und Danz [4]) vortragen. G. L. Böhmer beruft sich dabey, um den Satz zu rechtfertigen, daß peremtorische Einreden, außer den Einreden des geendigten Rechtsstreits, den Letztern gleich zu achten und von der Einlassung befreien, wenn sie sogleich liquid sind, auf den Gerichtsgebrauch; — und Schaumburg zeichnet sich unter den übrigen dadurch aus, daß er bey Einreden des geendigten Rechtsstreits Liquidität nicht für nöthig hält, weil das Gesetz dieses Erfordernisses nicht gedenkt, wol aber sey sie nöthig bey peremtorischen Einreden anderer Art.

Hören wir zuvörderst den Pontifex selbst.

cap. 1. *de litis cont. in sexto.*

Die vorangesetzte Summa (welche in den Decretalen bekanntlich von den Glossatoren herrührt) lautet also:

Peremtoria litis contestationem non impedit, nisi sit de re semel finita.

Die Stelle selbst, wie folgt:

Exceptiones peremtoriae s. defensionis cujuslibet principalis, cognitionem negotii contingentis, ante litem contestatam objectus, *nisi de re judicata, transacta seu finita* excipiat litigator, litis conte-

---

3) Princ. prax. jur. jud. lib. 1. sect. 1. membr. 2. cap. 4. §. 10.

4) Grundsätze des ordentlichen Processes, 4. Auflage, §. 188.

stationem non impediat, nec retardet: licet dicat objector, quod rescriptum non fuisset obtentum, si quae sunt impetranti opposita, fuissent exposita deleganti.

Das Gesetz stellt also die Regel auf, daß keine peremtorische Einreden von der Einlassung befreien, außer den Einreden des geendigten Rechtsstreits. Hierdurch ist ja offenbar jede Ausdehnung des Satzes auf andere peremtorische Einreden ausgeschlossen. Wenn die Rechtsgelehrten dennoch annehmen, daß auch gemeine peremtorische Einreden von der Einlassung befreien (wenn sie nur gleich jenen sogleich liquid sind), so verstößt dies nicht nur gegen die natürliche Ordnung, die der Pontifex grade nach dieser Stelle in dieser Hinsicht aufrecht erhalten wissen will, sondern es verstößt auch gegen ein ausdrückliches Gesetz 5). Es wird hier nicht etwas ohne Gesetz gelehrt, oder was praeter legem wäre, sondern es ist gradezu contra legem. Unter diesen Umständen kann auch der angebliche Gerichtsgebrauch, worauf G. L. Böhmer sich beruft, nicht in Betrachtung kommen.

---

5) Nicht nur in dem in extenso mitgetheilten cap. 1. de litis cont. in 6to, sondern auch in dem nächstfolgenden wird es als Regel eingeschärft, daß keine peremtorische Einreden die Einlassung auf die Klage verhindern oder verzögern dürfen.

Denn ein Gerichtsgebrauch, der sich gegen das Gesetz auflehnt, verdient keine Aufmerksamkeit [6]), wenn er überhaupt vorhanden seyn sollte; — und eben so wenig ein solcher, der einem Irrthum seine Entstehung verdankt [7]).

Einem Irrthum würde dieser Gerichtsgebrauch seine Entstehung verdanken. Denn woher sollte er anders entsprungen seyn, als aus den Schulen der Rechtsgelehrten? Diese aber, indem sie lehrten, daß auch gemeine peremtorische Einreden von der Einlassung befreien, berufen sich auf das Gesetz, was den Sitz dieser Materie enthält — und ihnen in der That grade entgegen steht.

Indem der Pontifex sich des Ausdruckes bedient: nisi de re judicata, transacta seu finita excipiat litigator, sollen, wenn man ihnen glauben will, in diesen Ausdrücken nicht bloß die Einreden des geendigten Rechtsstreits, sondern auch alle übrigen mit eingeschlossen liegen. Denn alle diese übrigen peremtorischen Einreden zerstören die Klage, und — heben folglich (!) auch den Rechtsstreit auf. Also schloß J. H. Böhmer — also die Rechtsgelehrten nach ihm.

Müßte nicht jeder Schriftsteller, der es mit seiner Wissenschaft redlich meint, mit Achtung und Schonung behandelt werden, gebührte Achtung

---

6) L. 2. C. quae sit longa consuet.

7) L. 39. D. de leg.

nicht besonders einem Gelehrten, wie J. H. Böhmer war, auch wenn er irrt; so weiß ich nicht, welche Ausdrücke stark genug seyn würden, das Unpassende einer solchen Auslegung nach Würden zu bezeichnen.

Ein jeder sieht leicht, daß bey dieser Auslegung gar keine Einreden übrig bleiben, bey welchen die Regel zu befolgen wäre, und folglich würde, was der Pontifex lehrt, sich selbst widersprechen und keinen vernünftigen Sinn enthalten. Der Pontifex würde nämlich m. a. W. sagen: Keine peremtorische Einreden befreien von der Einlassung — außer allen.

Es liegt aber grade in dieser Stelle ein sehr vernünftiger Sinn, und es ist in der That merkwürdig, daß die Rechtsgelehrten ihn nicht früher schon fanden. Aber vielleicht verfielen sie deshalb nicht darauf, weil die Wahrheit zu einfach ist, und zu nahe lag, während sie in der Ferne darnach suchten. Bekanntlich eine sehr gewöhnliche Erscheinung.

J. H. Böhmer meint, der Pontifex habe bey dieser Stelle an das Römische Recht gedacht, und zwar habe er die alte Römische Proceßform vor Augen gehabt; — ohne daß Böhmer jedoch deshalb die heutige Gültigkeit des Satzes, der hier aufgestellt wird, bezweifelt. — Jenes wäre nun zwar möglich, ist jedoch in diesem Fall nicht wahrscheinlich. Denn, wie läßt sich annehmen, daß der Pontifex das, was, nach Böhmer's

eigner Aeußerung, schon selbst im Römischen Recht veraltet ist, als geltendes Recht behandelt haben sollte, und wie läßt sich dies zumal hier annehmen, wo der Pontifex den Ausdruck Litiscontestation in einem Sinne gebraucht, wie er weder dem ältern noch neuern Römischen Proceß angemessen ist, — indem diese und die folgende Stelle des canonischen Rechts es grade sind, in denen durch Litiscontestation bloß die Antwort des Beklagten, im Gegensatz der Einreden bezeichnet wird. — Nein hier liegt vielmehr eine ganz natürliche, höchst einfache Idee zum Grunde, eine Idee, die dermaaßen natürlich und einfach ist, daß jeder vernünftige Mensch sogleich von selbst darauf verfallen würde, und der Pontifex nicht erst nöthig hatte, sie aus dem Römischen Recht zu entlehnen.

Nehmen wir an, Jemand ward verklagt, der Proceß kam zum Ausbruch, ward gegen den Kläger entschieden, verglichen oder auf andere Art beendigt. Darauf verändert der Beklagte sein Forum. Nun gefällt es dem Kläger, den Beklagten aufs Neue zu belangen, und zwar bey dem neuen Richter, der von jenem Rechtsstreit und dessen Beendigung nichts weiß. Soll der Beklagte aufs Neue auf die Klage sich einlassen, aufs Neue seine Einreden vorschützen, mit dem Kläger noch einmal rechten?

Wir wollen diese Frage einem Nichtjuristen vorlegen. Was wird er antworten? Er wird sagen: Wozu ein neuer unnützer Streit? Der

Beklagte darf ja nur hingehen zum Richter, und sagen: der ganze Streit ward schon früher bey einem andern Richter angebracht und ist längst abgethan, so hat die Sache ein Ende [8]).

Und grade wie dieser Nichtjurist, den wir seine Meinung so eben vortragen hörten, grade eben so dachte auch Pabst Innocenz der vierte.

Peremtorische Einreden befreien nicht von der Einlassung; — aber solche Einreden, die von der Art sind, daß sie den Streit als rechtskräftig entschieden, verglichen oder auf andre Art beendigt darstellen — Einreden, die, da es hierbey nicht bloß aufs Verschieben ankömmt, den peremtorischen allenfalls beyzuzählen sind — machen natürlich eine Ausnahme. Die Natur solcher Einreden, merklich verschieden von gewöhnlichen peremtorischen, wenn sie überhaupt zu diesen zu rechnen, bringt es von selbst mit sich, daß beyde nicht gleichen Schritt halten können; sie zeigen klar, daß Einlassung und Gebrauch anderer Einreden, überhaupt der ganze Streit vergeblich sey, ja sie gehen grade darauf, daß der Beklagte gar nicht nöthig habe, mit seinem Gegner auf einen Streit sich einzulassen, welcher, daß ich so sage, schon ausgestritten ist.

---

8) Man übersehe nicht, daß dies nur ein Beyspiel ist. Ich hätte noch andre Fälle als Beyspiele aufstellen können.

Also nicht alle peremtorische Einreden, nicht diejenigen, welche darauf gerichtet sind, daß ein Factum vorgegangen, wodurch die ursprüngliche Verbindlichkeit getilgt worden, als actuelle Zahlung und andre Tilgungsarten, sondern nur solche Einreden, welche dahin gehen, daß dieser Sache wegen bereits ehemahls gestritten, der Streit aber beendigt, folglich der Beklagte nicht nöthig habe, sich in einen neuen Streit einzulassen, sollen den Beklagten von der Einlassung auf die Klage und von der Verbindlichkeit, mit dem Kläger in einen Proceß einzugehen, befreien.

Dabey ist es nun nicht eben nothwendig, daß bereits ehedessen vor dem Richter gestritten und ein angefangener Rechtsstreit beendigt sey. Nein, auch wenn der Rechtsstreit noch nicht förmlich angefangen hatte, als ihm schon entsagt ward, ja wenn noch nicht einmal geklagt und vor Anfang des Processes, vor erhobener Klage streitige Ansprüche durch Vergleich aufgegeben worden, würde der in Ansprache genommene Beklagte sich gegen die Klage auf die Entsagung, den Vergleich berufen, und Einlassung und Rechtsstreit von sich ablehnen können. Dies ist der Vernunft, — dies den Worten des Pontifex gemäß.

Sätze dieser Art durften vom Pontifex nicht erst aus dem Römischen Recht abgeleitet werden; doch sind sie diesem allerdings für gemäß zu halten.

Ein beendigter Streit darf nicht wieder aufgenommen werden, lehrt das Römische Recht, wie wir gesehen haben, namentlich im Fall der Entsagung.

Hiernach müssen überhaupt nicht bloß Einreden des beendigten Rechtsstreits (exceptiones litis finitae), welche Einreden dahin gehören, ist aus demjenigen, was in der vorigen Erörterung vorgekommen, leicht zu entnehmen und darnach zu berichtigen, zu ergänzen, was von den Rechtsgelehrten in Aufzählung der einzelnen Arten dieser Einreden gelehrt wird — sondern Einreden des beendigten Streits (exceptiones controversiae finitae) den gemeinen Einreden entgegen gesetzt werden; hiernach sind es nur Einreden des beendigten Streits — wozu die Einreden des beendigten Rechtsstreits als Unterart gehören — welche von der Einlassung befreyen.

Peremtorische Einreden andrer Art haben diese Wirkung nicht; sie können zwar die Folge haben, daß der Rechtsstreit dadurch aufgehoben wird, wenn sie nämlich als gegründet erfunden und durch Repliken nicht entkräftet werden, oder vielmehr, daß der Beklagte durch das Urtheil des Richters frey gesprochen wird, aber von einem durch den Gebrauch von Einreden aufzuhebenden Streit spricht der Pontifex nicht, sondern von einem bereits aufgehobenen. —

Die Einreden des beendigten Streits müssen sogleich liquid seyn; sie müssen es wenigstens zu der Zeit seyn, wo der Richter über sie und ihre

Wirkung, die Einlassung und den Proceß zu hindern, erkennen soll. Hierin stimme ich den Rechtsgelehrten bey und verwerfe die Meinung Schaumburgs. Hielte ich nämlich dafür, daß auch gemeine peremtorische Einreden von der Einlassung befreien könnten, so würde ich, consequent zu seyn, auch bey diesen, wenn sie als Proceßhindernde gebraucht werden, Liquidität für nöthig halten; und nicht, wie Schaumburg, unterscheiden.

Aber, warum ist bey Proceßhindernden Einreden Liquidität erforderlich? Der wahre Grund ward von den Rechtsgelehrten übersehen und liegt doch abermals sehr nahe. Es ist kein andrer, als — weil diese Einreden wie dilatorische gebraucht werden. Bey dilatorischen Einreden ist es Regel, daß sie sogleich oder wenigstens zu der Zeit, da der Richter über sie erkennt, klar seyn müssen [9]). Und besonders hier, wo der Beklagte

---

9) Danz Grundsätze des ordentlichen Processes §. 169. — Danz handelt, um es beyläufig zu rügen, von liquiden Einreden unter den zerstörlichen, so, als bildeten sie eine eigene Art und zwar zerstörlicher Einreden. (Danz a. a. O. §. 187.) Allein liquide Einreden constituiren überhaupt keine eigne Art von Einreden. Die Liquidität ist ein Prädicat, was möglicherweise einer jeden Einrede zukommen kann.

sich gar nicht, auch nicht einmal bedingt, auf die Klage einläßt, scheint doppelt nöthig zu seyn, daß sein Einwand sogleich liquid sey, weil es sonst in seine Gewalt gegeben seyn würde, durch eine leere, von Wahrheit entblößte Behauptung selbst den Anfang des Processes vielleicht Jahrelang zu verschieben.

Es gibt Particularproceßordnungen, welche den Beklagten verbinden, mit Proceßhindernden Einreden eine eventuelle Einlassung auf die Klage zu verbinden. Dies ist keine Verbesserung, sondern das Bessere wird mit dem Schlechtern vertauscht. Denn wenn dem Beklagten eine *exceptio controversiae finitae* zusteht und selbige liquid ist, so wird ihm, wenn er auch nur genöthigt wird, eine eventuelle Einlassung auf die Klage damit zu verbinden, eine unnütze Last widerrechtlich aufgebürdet. Gehört seine Einrede zu den gemeinen, so wird die natürliche Ordnung verrückt, wenn er Einreden, welche bestimmt sind, die Klage, falls sie gegründet seyn sollte, zu zerstören, vorschützen darf, ehe denn er die Klage einmal beantwortet hat.

Ich kann diese Materie nicht verlassen, ohne zuvor einer neuen Theorie zu gedenken, welche über Proceßhindernde Einreden ein Schriftsteller, der im Proceß wie zu Hause ist, Gönner und nach ihm Grollmann aufgestellt hat.

Gönner und Grollmann lehren, um es kurz zu sagen, etwa Folgendes: Aus dem canonischen Recht kann die Lehre von Proceßhindernden

Einreden nicht abgeleitet werden; der Beklagte aber, dem peremtorische Einreden zur Seite stehen, welche sogleich liquid sind, kann auf ein privilegirtes Verfahren, wie es im Executivproceß Statt findet Ansprache machen, wobey er nicht nöthig hat, sich auf die Klage einzulassen; — und dies ist aus dem Geist des Executivprocesses, aus dem darin enthaltenen Princip der gesetzlichen Begünstigung liquider Ansprüche abzuleiten [10]).

Die Ungültigkeit des canonischen Rechts hat Gönner keinesweges erwiesen. Was der Reichsabschied hieher Gehöriges verordnet, besteht in zwey Regeln. Einmal: der Beklagte soll mit allen seinen dilatorischen Einreden eine eventuelle Litiscontestation verbinden. Eine Ausnahme soll nur Statt finden bey exceptionibus fori declinatoriis [11]). Zweytens: der Beklagte soll zugleich mit der Litiscontestation alle seine Einreden auf einmal vorschützen, sowol die dilatorischen, als die peremtorischen. Von dieser Regel machen wieder die exceptiones fori declinatoriae eine Ausnahme; sie können auch allein vorgeschützt werden [12]).

Die erste Regel kömmt hier gar nicht in Betrachtung, und der Satz; exceptio firmat regulam

---

10) Gönner Handbuch des Proc. 2. Aufl. 4. Thl. S. 212. folg. Grollmann Theorie des gerichtlichen Verfahrens, §. 245.

11) Dies ist der Inhalt des §. 40.

12) Dies ist der Inhalt des §. 37.

in casibus non exceptis, gilt hier nicht. Denn jene erste Regel geht ja nicht auf alle Einreden, sondern nur auf eine cospecies peremtorischer Einreden, auf die dilatorischen.

Aus der zweyten Regel scheint zu folgen, daß peremtorische Einreden nicht von der Litiscontestation befreien, weil sie mit der Litiscontestation zugleich vorgeschützt werden sollen. Allein der Nachdruck der Rede ruht hier besonders darauf, daß alle, auch peremtorische, Einreden auf einmal, zugleich mit der Litiscontestation, vorzuschützen sind. Damit ist grade nicht gesagt, daß es nicht einige peremtorische geben sollte, welche von der Einlassung gänzlich befreien. Nimmt man dies aber auch an, so würde in der Verordnung des Reichsabschiedes nur allenfalls so viel liegen, daß, Proceßhindernder Einreden ungeachtet, der Beklagte zu einer eventuellen Einlassung auf die Klage verbunden sey, gleich wie bey (gemeinen) verzögerlichen Einreden. Diesen Schluß wagte schon Georg Ludwig Böhmer; denn, unter Berufung auf jene Stellen des Reichsabschiedes, lehrt er: wie der Beklagte nach diesem neuern Recht mit Proceßhindernden Einreden eine eventuelle Einlassung zu verbinden schuldig sey [13]). Allein, auch selbst diesen Schluß finde ich zu gewagt. Der Satz, welchen der Reichsabschied aufstellt: der Beklagte sey verbunden, alle seine

13) *G. L. Böhmer*, Princ. jur. can. §. 767.

peremtorischen Einreden auf einmal vorzuschützen, drückt nur allenfalls die Regel aus und hebt den Satz des canonischen Rechts, welcher von dieser Regel eine Ausnahme enthält, nicht auf. Es ist dies einer bekannten Rechtsregel gemäß: Lex posterior generalis non derogat priori speciali, welche in der Natur der Sache wol gegründet ist. Denn, wie ein späteres specielles Gesetz dem frühern generellen derogirt, also muß auch umgekehrt ein früheres specielles dem spätern generellen derogiren. Dort folgt die Ausnahme auf die Regel und hier — geht die Ausnahme der Regel voran. Daß in unserm Fall das generelle Gesetz einer andern Ausnahme, doch dieser nicht, gedenkt, könnte zwar entgegengesetzt werden, kömmt aber deshalb nicht in Betrachtung, weil von der namentlich erwähnten Ausnahme [14]) keinesweges gesagt oder angedeutet ist, daß sie von der (zweyten) Regel, die hier in Betrachtung kömmt, die einzige sey. (Von der ersten ist es gleichfalls nicht grade gesagt) [15]).

---

14) Im §. 37.

15) Wir lassen ja auch selbst von der Regel, daß dilatorische Einreden von einer eventuellen Einlassung auf die Klage nicht befreien, Ausnahmen gelten, deren das Gesetz, welches nur Gerichtsstand ablehnende erwähnt, nicht gedenkt. Eine solche Ausnahme findet ohne Zweifel bey der exceptio inepti libelli nach Umständen und, wenn man diese hierher rechnen darf, auch bey der Recusation eines verdächtigen Richters oder

Ich habe aber schon bemerkt, daß die Sätze, die hier in Betrachtung kommen, — was der Reichsabschied §. 37. auf der einen Seite und das canonische Recht auf der andern enthalten — eigentlich gar nicht mit einander in Collision stehen, zumal das canonische Recht es nur mit Einreden des beendigten Streits zu thun hat, welche eigentlich von peremtorischen noch unterschieden werden können, und gewissermaßen eine dritte Classe ausmachen; — und will nicht einmal erwähnen, daß der Reichsabschied zunächst nur das bey den Reichsgerichten zu beobachtende Verfahren zum Gegenstande hat.

Um nun zu dem folgenden Satz Gönner's überzugehen, so folgt daraus, daß liquide Ansprüche ein außerordentliches Verfahren begründen, noch ganz und gar nicht, daß auch bey liqui-

---

sogenannten exceptio judicis suspecti Statt, da mit ihnen die Einlassung schlechthin in Widerspruch steht, auch die eventuelle. Danz kennt sogar noch eine dritte Ausnahme, nämlich: wenn die Einrede so geartet und klar, daß die Einlassung sichtbar ganz vergeblich seyn würde. S. Danz Grundsätze des ordentlichen Processes §. 170. Wer diese Ausnahme, ungeachtet des Reichsabschiedes, gelten läßt, kann Einreden des beendigten Streits jene Wirkung unmöglich absprechen, ja sie allein würden im Stande seyn, eine Ausnahme zu rechtfertigen, die man außerdem nur verwerflich finden kann. Man müßte sie aber freylich dann den dilatorischen beygeben.

den Einreden ein Verfahren, wie im Executivpro-
ceß, außer dem Executivproceß, Statt finde. Das Ver-
fahren in liquiden Schuldsachen ist ein außerordent-
liches auf den Vortheil des Gläubigers berechnetes;
hier aber handelt es sich von der Vertheidigung des
Beklagten gegen Ansprüche, die im Wege des ordent-
lichen Verfahrens, worin die Sache, der Voraus-
setzung zufolge, vom Richter bereits eingeleitet
worden, gegen ihn geltend gemacht werden.

Am allerwenigsten aber ist daraus die Folge-
rung abzuziehen, daß liquide, peremtorische Ein-
reden den Beklagten von der Verbindlichkeit be-
freien sollten, wie jene doch annehmen, sich auf
die Klage einzulassen. Ja, hier würden ja —
und es ist wunderbar, daß Gönner und Groll-
mann dies nicht selbst gesehen haben — dieselben
Gesetze, welche namentlich Gönner gegen die
Gültigkeit des canonischen Rechts angeführt hat,
oder vielmehr das, was Gönner darin findet,
grade wider ihn beweisen. Das canonische Recht,
welches gewissen peremtorischen Einreden die Kraft
beylegt, die Einlassung auf die Klage und den
Proceß zu hindern, soll nicht gelten, weil der
Reichsabschied will, daß der Beklagte alle seine
Einreden mit der Litiscontestation, theils vor,
theils nach ihr, vorschützen soll, und nur excep-
tiones fori declinatoriae (nicht aber peremto-
rische, auch keine liquide) davon ausgenommen
sind, und doch soll, ungeachtet dieses Reichs-
abschiedes, der Beklagte nicht nöthig haben, sich

auf die Klage einzulassen, wenn ihm liquide peremtorische Einreden zur Seite stehen, sollten es auch nur gemeine seyn! —

Bey allem dem ist auch ein Verfahren, was sich strenge an die Gesetze hält, grade das vernünftigste, und namentlich ist auch der Satz, den das canonische Recht aufstellt, so natürlich, daß dieser Satz sich allenfalls auch ohne die Sanction des positiven Rechts rechtfertigen ließe.

Hingegen verläßt man die gesetzliche Bahn, wie schwer wird es seyn, Abwege zu vermeiden? Ist es dem Beklagten erlaubt, die Einlassung von sich abzulehnen, und z. B. zu sagen, die Schuld ist bezahlt, ehedenn er sich einmal darüber erklärt hat, ob sie existire, wie leicht kann dies nicht zum Nachtheil des Gläubigers vom bösen Schuldner gemißbraucht werden? Dieser, um Zeit zu gewinnen, läßt sich auf die Klage vor der Hand nicht ein, sucht eine peremtorische Einrede hervor, und läßt es auf den Ausspruch des Richters ankommen; daß diese Einrede ungegründet oder daß sie illiquid sey. Vielleicht ist aber die Einrede an sich gegründet und liquid; dem Kläger steht jedoch eine Einrede gegen diese Einrede, also eine Replik, zur Seite, die nicht eben also liquid ist. In einem solchen Fall, da der Beklagte dem Kläger, um den Proceß zu hindern, liquide peremtorische Einreden entgegengesetzt hat, die Repliken des Letztern aber illiquid sind, können diese Repliken als illiquid nicht ver-

worfen, der Kläger muß vielmehr ohne Zweifel zum Beweise derselben zugelassen werden; er würde ja sonst ganz rechtlos werden. Gegen diesen Beweis würde dem Beklagten ein Gegenbeweis erlaubt werden müssen. Ja dieser sucht vielleicht gegen die Replik des Klägers eine Duplik hervor. Auf solche Art entspinnt sich ein langer Streit vor dem Streit, dessen Resultat vielleicht kein anderes ist, als daß der Beklagte verbunden sey, sich, Einwendens ungehindert auf die Klage einzulassen. Läßt er sich endlich auf die Klage ein, so kann ihm das Recht nicht versagt werden, peremtorische Einreden, die er bloß zu dem Zwecke, den Proceß zu hindern, vor der Litiscontestation vorgeschützt hatte, wenn ihnen, weil sie illiquid waren, diese Wirkung versagt worden, nach der Litiscontestation zum Zweck der gewöhnlichen Wirkung oder als gemeine peremtorische Einreden noch einmal zu benutzen. Ja, er läßt sich vielleicht auch jetzt noch nicht auf die Klage ein, sondern sucht, statt der vorgeschützten und verworfenen einen peremtorische Einrede, jetzt eine andere hervor, wodurch er der Verbindlichkeit, auf die Klage sich einzulassen, entledigt seyn will, und — Mühe, Kosten, Zeitaufwand werden noch einmal vergebens verschwendet, ehe einmal der Proceß, nämlich der Hauptstreit, seinen Anfang genommen. Denn, wenn auch des Beklagten Einreden als illiquid, ja wenn sie als ungegründet verworfen wurden, oder, wenn es

dem Kläger auch gelang, die Einreden seines Gegners durch Repliken zu entkräften; — zur Zahlung verurtheilt werden kann der Beklagte in diesem Praeliminarverfahren nimmermehr, als worin bloß die Frage untersucht und entschieden werden sollte, ob er schuldig sey, auf die Klage sich einzulassen. Da der Beklagte sich auf die Klage noch gar nicht eingelassen hat, so weiß der Richter noch nicht, ob dem Kläger überhaupt eine Forderung zustehe. Daraus, daß dem Beklagten keine peremtorische Einreden gegen die eingeklagte Forderung zustehen, folgt ja gar nicht, daß die Forderung des Klägers an und für sich gegründet sey.

Man wendet vielleicht ein, auch das Recht, was dem Beklagten, vermöge des canonischen Rechts, zusteht, sich durch Einreden des beendigten Streits von der Einlassung zu befreien, kann gemißbraucht werden. Doch nein, diesen Einwurf werden wenigstens diejenigen nicht machen, welche die Gesetze, wie sie sind, zu bewahren, auszulegen oder anzuwenden berufen sind. Ueberdies, jene bilden doch nur eine Art peremtorischer Einreden, — eine Art zumal, die sich von den gewöhnlichen merklich unterscheidet, womit es eine ganz besondere Bewandniß hat, indem sie den Streit als schon abgethan darstellen (so daß sie, wenn sie nicht anders zu ihrem Recht gelangen können, von den peremtorischen allenfalls ganz geschieden seyn und eine eigene Classe für sich bilden wollen), und

worfen, der Kläger muß vielmehr ohne Zweifel zum Beweise derselben zugelassen werden; er würde ja sonst ganz rechtlos werden. Gegen diesen Beweis würde dem Beklagten ein Gegenbeweis erlaubt werden müssen. Ja dieser sucht vielleicht gegen die Replik des Klägers eine Duplik hervor. Auf solche Art entspinnt sich ein langer Streit vor dem Streit, dessen Resultat vielleicht kein anderes ist, als daß der Beklagte verbunden sey, sich, Einwendens ungehindert auf die Klage einzulassen. Läßt er sich endlich auf die Klage ein, so kann ihm das Recht nicht versagt werden, peremtorische Einreden, die er bloß zu dem Zwecke, den Proceß zu hindern, vor der Litiscontestation vorgeschützt hatte, wenn ihnen, weil sie illiquid waren, diese Wirkung versagt worden, nach der Litiscontestation zum Zweck der gewöhnlichen Wirkung oder als gemeine peremtorische Einreden noch einmal zu benutzen. Ja, er läßt sich vielleicht auch jetzt noch nicht auf die Klage ein, sondern sucht, statt der vorgeschützten und verworfenen einen peremtorische Einrede, jetzt eine andere hervor, wodurch er der Verbindlichkeit, auf die Klage sich einzulassen, entledigt seyn will, und — Mühe, Kosten, Zeitaufwand werden noch einmal vergebens verschwendet, ehe einmal der Proceß, nämlich der Hauptstreit, seinen Anfang genommen. Denn, wenn auch des Beklagten Einreden als illiquid, ja wenn sie als ungegründet verworfen wurden, oder, wenn es

dem Kläger auch gelang, die Einreden seines Gegners durch Repliken zu entkräften; — zur Zahlung verurtheilt werden kann der Beklagte in diesem Praeliminarverfahren nimmermehr, als worin bloß die Frage untersucht und entschieden werden sollte, ob er schuldig sey, auf die Klage sich einzulassen. Da der Beklagte sich auf die Klage noch gar nicht eingelassen hat, so weiß der Richter noch nicht, ob dem Kläger überhaupt eine Forderung zustehe. Daraus, daß dem Beklagten keine peremtorische Einreden gegen die eingeklagte Forderung zustehen, folgt ja gar nicht, daß die Forderung des Klägers an und für sich gegründet sey.

Man wendet vielleicht ein, auch das Recht, was dem Beklagten, vermöge des canonischen Rechts, zusteht, sich durch Einreden des beendigten Streits von der Einlassung zu befreien, kann gemißbraucht werden. Doch nein, diesen Einwurf werden wenigstens diejenigen nicht machen, welche die Gesetze, wie sie sind, zu bewahren, auszulegen oder anzuwenden berufen sind. Ueberdies, jene bilden doch nur eine Art peremtorischer Einreden, — eine Art zumal, die sich von den gewöhnlichen merklich unterscheidet, womit es eine ganz besondere Bewandniß hat, indem sie den Streit als schon abgethan darstellen (so daß sie, wenn sie nicht anders zu ihrem Recht gelangen können, von den peremtorischen allenfalls ganz geschieden seyn und eine eigene Classe für sich bilden wollen), und

wollte man dem Beklagten den Gebrauch dieser Einreden entziehen, das Unrecht, was ihm dadurch widerfährt, würde so groß seyn, daß Uebel, welche aus Mißbrauch etwa entstehen möchten, dagegen nicht in Betrachtung kommen können. Endlich, ich wiederhole es — der natürlichen Ordnung zuwider ist, daß der Beklagte erst Einreden vorschütze und dann sich auf die Klage einlasse; — aber der natürlichen Ordnung gemäß ist, daß ein Streit nicht wieder aufgenommen werde, welcher bereits abgethan ist.

Um dahin zurückzukehren, von wo ich ausgegangen, nun nach aufmerksamer Lesung dieser Erörterung wird es vielleicht heißen: hier wurden keine heterogene Materien zusammengestellt, hier ist vielmehr der natürlichste Zusammenhang von der Welt und grade durch diese Verbindung des dritten Stoffs mit dem zweyten ward jener gehörig vorbereitet und erhielte eben dadurch das rechte Licht.

VI.

Beyträge

zur Lehre

vom

Mandat

Im Junius 1817.

1. Vom qualificirten Mandat.

Unter dem von ihnen sogenannten qualificirten Mandat verstehen unsere Rechtsgelehrten bekanntlich ein solches, wodurch Jemandem aufgetragen wird, etwas zum Beßten eines dritten auf Gefahr des Mandanten, der hier vorzugsweise Mandator genannt wird, zu verrichten, z. B. dem dritten Geld zu leihen, sich für ihn zu verbürgen, ein Grundstück für ihn zu erkaufen. Dies Mandat wird als Intercession behandelt, [1]) und ist der Bürgschaft an die Seite zu setzen, wie schon daraus erhellt, daß in den Ueberschriften der Titel der Pandecten und des Codex, worin von der Bürgschaft die Rede ist, der Mandator in Gesellschaft des Bürgen erscheint.

Wozu rechnen wir denn nun das Geschäft, wovon hier die Rede ist? zum Mandat? zur Bürgschaft? Es ist eine Art von Mandat, was zugleich die Natur einer Bürgschaft an sich hat. Mit einem gewöhnlichen Mandat kommt das qualificirte darin überein, daß hier ein Geschäft übertragen wird, was in so fern ein negotium alienum ist,

1) L. 6. et 7. D. ad S. C. Vellej.

als es dem Mandatar nicht, wenigstens ihm allein nicht zum Vortheil gereicht, sondern einem dritten oder diesem hauptsächlich, wenigstens ihm mit. Hingegen unterscheidet es sich von einem gewöhnlichen Mandat sehr merklich dadurch, daß der Mandatar das aufgetragene Geschäft nicht für den Mandanten, im Namen desselben, sondern daß er es für sich selbst verrichten soll. Er soll, z. B. nicht für den Mandanten Geld an den dritten leihen, nicht der Mandant will der Gläubiger seyn; nein, der Mandatar soll dem dritten das Geld leihen, er selbst der Gläubiger des dritten werden. Der Mandans erscheint also hier, wie ein Vermittler [2]). Ja, es kann das Geschäft, was hier den Gegenstand des Auftrags ausmacht, selbst ein Mandat und also Mandans Vermittler eines Mandats zwischen dem Mandatar und dem dritten seyn, wie wenn er dem Mandatar aufträgt, ein Grundstück für den dritten zu erkaufen.

Es ist sehr die Frage, ob wir überhaupt einen solchen Auftrag, vermöge dessen der Beauftragte nicht als Stellvertreter des Mandanten handeln soll, für einen wahren Auftrag gelten lassen, ob wir hier nicht bloß die Form des Mandats als vorhanden anerkennen, die Sache aber läugnen würden; allein die Römischen Rechtsgelehrten zwängten jede Anstellung unter die Form des

2) *Schilter* Exerc. ad Pand. ex. 28. §. 81. 82.

Mandats, die nicht den Mandatar allein angeht, nicht ihm allein zum Vortheil gereicht. 3) Sie sahen hier mehr auf die Form, als auf die Sache, und dadurch eben geschah es, daß jenes zwitterhafte Geschöpf — das qualificirte Mandat — hervorgebracht ward, was Mandat seyn, und zugleich auch die Natur einer Bürgschaft an sich haben soll.

Von einer gewöhnlichen Bürgschaft unterscheidet das qualificirte Mandat sich dadurch:

1. Man kann sich freilich für die Hauptschuld verbürgen, ehe sie noch entstanden ist, also im Voraus; — gewöhnlich folgt aber die Bürgschaft auf die Hauptschuld. Beym qualificirten Mandat bringt es das Wesen desselben mit sich, daß es der Hauptschuld immer vorangeht.
2. Der Bürge verbürgt sich entweder auf Ersuchen des Hauptschuldners, also in Auftrag desselben, 4) für ihn, oder ohne Auftrag; in ersterm Fall ist er Mandatar; im letztern Fall Geschäftsführer (negotiorum gestor), vorausgesetzt, daß er sich nicht wider Willen des Hauptschuldners für ihn verbürgt. Befriedigt er den Gläubiger aus der Bürgschaft, so zahlt er für den Hauptschuldner entweder als Man-

3) Schilter (a. a. O.) trennt beydes von einander.
4) L. 1. §. 2. D. Mandati.

datar, oder als Geschäftsführer (negotiorum gestor) und kann sein Geld, beziehungsweise, wiederfordern mit der actio mandati oder negotiorum gestorum contraria. Statt dessen kann er auch fordern, daß der Gläubiger ihm seine Rechte gegen den Hauptschuldner cedire, und kann ex jure cesso gegen diesen klagen. Diese Cession ist ihm in dem Fall nothwendig, wenn er sich wider Willen des Hauptschuldners für ihn verbürgte, und also jure proprio keinen Regreß zu nehmen befugt ist, nach der Regel: Inviti negotia non geruntur. Auf allen Fall kann er diese Cession nur begehren, ja es kann überall nur davon die Rede seyn, so lange als die Zahlung noch nicht geschehen ist. Denn, durch die Zahlung von Seiten des Bürgen wird der Hauptschuldner sogleich ipso iure seiner Verbindlichkeit entledigt [5]), und von jetzt an existirt kein Recht, also auch keine Klage mehr, welche dem Bürgen cedirt werden könnte. Darum muß der Bürge vor der Zahlung sich die Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner cediren lassen; oder es muß die Cession wenigstens vor der Zahlung versprochen seyn, dann ist es nach Modestin so anzusehen, als sey die Forderung des Gläubigers nicht sowohl getilgt, als ihm abgekauft [6]). Das alles sind freilich

---

5) Pr. J. Quib. mod. tollitur obligatio.
6) L. 76. D. de solut.

größtentheils sehr bekannte Sachen, an welche hier jedoch um des Gegensatzes willen erinnert werden mußte.

Nämlich beym qualificirten Mandat ist alles grade umgekehrt.

Der Mandans, wenn er den Mandatar (also hier den Gläubiger) befriedigt, zahlt, was, vermöge seines Auftrags, er selbst schuldig ist, und da er bey der Zahlung sein eigenes Geschäft besorgt, kann er nicht als Geschäftsführer (negotiorum gestor) betrachtet werden, eben so wenig, wie er als Mandatar (des Schuldners) anzusehen ist. Er kann daher, kraft eigenen Rechts, seinen Regreß gegen den Schuldner nicht nehmen, sondern nur ex jure cesso des Gläubigers. Diese Cession, die dem Bürgen selten, ihm immer nothwendig ist, kann er, gleich dem Bürgen, fordern, aber, ungleich dem Bürgen, auch noch nach der Zahlung. Denn es wird Jemand seiner Verbindlichkeit ipso iure nur dann entledigt, wenn ein anderer für ihn zahlt [7]). Da dies hier der Fall nicht ist, indem der Mandans (oder Mandator) für sich selbst zahlt, so dauert Recht, und Klage an sich fort, und es kann daher auch noch nach der Zahlung Cession geschehen.

---

7) *L.* 31. *pr. D. de hered. petit.* — quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat.

L. 28. *D. Mandati vel contra. Ulpianus.* Papinianus Lib. 3. Quaestionum ait, mandatorem debitoris solventem, ipso iure reum non liberare: propter mandatum enim suum solvit et suo nomine, ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere. [8]).

Aber wie ist mit dieser Meinung des Papinian, die Ulpian nicht mißbilligt, folgende Aeußerung des Letzteren zu vereinigen?

L. 18. *D. Mandati.*

Qui patitur ab alio mandari: ut sibi credatur, mandare intelligitur.

Etwa so, daß wir jene Meinung Papinians als die Regel betrachten, diese Aeußerung Ulpians als die Ausnahme? Im Allgemeinen besorgt Mandans sein eigenes Geschäft, wenn er aus dem Mandat zahlt, und bedarf der Cession; wußte aber der dritte, daß jener sich für ihn verwandte, und ließ es geschehen, in diesem Fall ist es anders; in diesem Fall ist Mandans zugleich Mandatar des dritten, und als solcher auch ohne Cession sein Geld von ihm wieder zu fordern berechtigt.

Weiter

3. Unterscheiden sich Bürgschaft und qualificirtes Mandat dadurch, daß jene nach Römischem Recht

---

8) *Voet* ad tit. Dig. de fidej. et mandator: §. 28. 30. et 40.

in Form der Stipulation geschieht, dieses aber, wie das Mandat überhaupt, einen Consensual-contract ausmacht.

Außer diesen Verschiedenheiten, sollte es nicht noch eine andere geben? Sollten beyde sich nicht auch dadurch unterscheiden, daß der Bürge nur in subsidium haftet, und den Gläubiger an den Hanptschuldner verweisen kann, damit er diesen zuvörderst ausklage, der Mandator hingegen nicht? Könnte man nicht sagen, daß, wenn der Mandatar in Folge des Auftrags des Mandanten, dem dritten z. B. Geld geliehen hat, er dies als so etwas von dem Mandanten wiederfordern könne, was er zur Ausrichtung seines Auftrags verlegt hat, ohne daß er nöthig habe, den Versuch zu machen, es von dem Schuldner wieder zu erlangen? Aber wer dies glaubte, würde sich irren. Das qualificirte Mandat ist zwar ein Mandat, aber ein solches, was, außer den angegebenen Unterschieden, die Natur einer Bürgschaft an sich hat. Julian bemerkt, es sey wenig von der Bürgschaft verschieden:

L. 32. *D. Mandati.*

—— In summa quicunque contractus tales sunt, ut (quincunque) eorum nomine fidejussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto: *neque enim multum referre, praesens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet.*

Auch ist die Sache in den Gesetzen klar entschieden. Dort, wo Kaiser Justian dem Bürgen das Beneficium ordinis verleiht, gedenkt er auch mehr als einmal des Mandators, verleiht es diesem ausdrücklich mit, und stellt beyde in dieser Hinsicht einander völlig gleich [9]). Gleich einem Bürgen haftet der Mandator auch nur so weit, als er sich verbindlich gemacht, d. h. hier, als der Mandatar die Schranken des Auftrags nicht überschritten [10]); er haftet überhaupt nur unter der Voraussetzung, daß die Bedingungen, die er etwa vorschrieb, erfüllt sind, und der Mandatar, wenn er ihm z. B. auftrug, dem dritten Geld gegen hypothecarische Sicherheit zu leihen, es an dieser Vorsichtsmaßregel nicht fehlen ließ; [11]) er wird seiner Verbindlichkeit entledigt, wenn die Hauptschuld getilgt ist, [12]) von mehreren Mandatoren gilt, [13]) was von mehreren Mitbürgen gilt, u. s. w.

Nun entsteht die wichtige Frage: gehört es zum Wesen des qualificirten Mandats, daß der Mandans sich ausdrücklich verbindlich gemacht, für den dritten haften zu wollen, oder, daß er ausdrücklich die Gefahr übernommen hat, — verbindet nicht vielmehr der bloße Auftrag

---

9) Nov. 4. cap. 1.

10) L. 22. C. de fidej. et mandator.

11) L. 7. C. de fidej. et mand.

12) L. 4. C. eod.

13) L. 28. pr. C. eod.

schon den Mandanten, zu ersetzen, was dem Mandatar durch Vollziehung des Auftrags von seinem Vermögen fehlt? Die Rechtsgelehrten drücken sich so darüber aus, als glaubten sie das Erstere. Seht da den Irrthum! Wenn gleich die Gesetze der übernommenen Gefahr *ob contingentiam facti* mit erwähnen, [14]) so kann dies doch für etwas, was wesentlich wäre, als etwas, was den Grund der subsidiarischen Verbindlichkeit enthielte und daher nicht fehlen dürfte, nicht gehalten werden. Vielmehr, wenn Mandans auch nicht ausdrücklich die Gefahr übernahm, haftet er wegen seines Auftrags, weil der Mandatar nur wegen dieses Auftrags, nur in Folge desselben das Geschäft mit dem dritten eingegangen ist. Den Beweis hiefür enthalten so viele Gesetzstellen, welche nicht von der übernommenen Gefahr die Verbindlichkeit des Mandanten (Mandators) abhängig machen, so wie der angegebene auch von ihnen ausgedrückte Grund. Wer also dem andern aufträgt, nicht etwa überhaupt, sondern an eine bestimmte Person sein Geld zu verleihen — was kein bloßer Rath ist, sondern da das aufgetragene Geschäft den Vortheil eines dritten betrifft oder mitbetrifft, im Sinne des Römischen Rechts ein wahres Mandat [15])

---

14) Wie in dem Beyspiel, was L. 24. D. de fidej. vorkommt.

15) *L.* 2. §. 2. *D. Mandati.* Aliena tantum (sc. gra-

L. 28. *D. Mandati vel contra. Ulpianus.* Papinianus Lib. 3. Quaestionum ait, mandatorem debitoris solventem, ipso iure reum non liberare: propter mandatum enim suum solvit et suo nomine, ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere. [8]).

Aber wie ist mit dieser Meinung des Papinian, die Ulpian nicht mißbilligt, folgende Aeußerung des Letzteren zu vereinigen?

L. 18. *D. Mandati.*

Qui patitur ab alio mandari: ut sibi credatur, mandare intelligitur.

Etwa so, daß wir jene Meinung Papinians als die Regel betrachten, diese Aeußerung Ulpians als die Ausnahme? Im Allgemeinen besorgt Mandans sein eigenes Geschäft, wenn er aus dem Mandat zahlt, und bedarf der Cession; wußte aber der dritte, daß jener sich für ihn verwandte, und ließ es geschehen, in diesem Fall ist es anders; in diesem Fall ist Mandans zugleich Mandatar des dritten, und als solcher auch ohne Cession sein Geld von ihm wieder zu fordern berechtigt.

Weiter

3. Unterscheiden sich Bürgschaft und qualificirtes Mandat dadurch, daß jene nach Römischem Recht

---

8) *Voet* ad tit. Dig. de fidej. et mandator: §. 28. 30. et 40.

in Form der Stipulation geschieht, dieses aber, wie das Mandat überhaupt, einen Consensual-contract ausmacht.

Außer diesen Verschiedenheiten, sollte es nicht noch eine andere geben? Sollten beyde sich nicht auch dadurch unterscheiden, daß der Bürge nur in subsidium haftet, und den Gläubiger an den Hanptschuldner verweisen kann, damit er diesen zuvörderst ausklage, der Mandator hingegen nicht? Könnte man nicht sagen, daß, wenn der Mandatar in Folge des Auftrags des Mandanten, dem dritten z. B. Geld geliehen hat, er dies als so etwas von dem Mandanten wiederfordern könne, was er zur Ausrichtung seines Auftrags verlegt hat, ohne daß er nöthig habe, den Versuch zu machen, es von dem Schuldner wieder zu erlangen? Aber wer dies glaubte, würde sich irren. Das qualificirte Mandat ist zwar ein Mandat, aber ein solches, was, außer den angegebenen Unterschieden, die Natur einer Bürgschaft an sich hat. Julian bemerkt, es sey wenig von der Bürgschaft verschieden:

L. 32. *D. Mandati.*

— — In summa quicunque contractus tales sunt, ut (quincunque) eorum nomine fidejussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto: *neque enim multum referre, praesens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet.*

Auch ist die Sache in den Gesetzen klar entschieden. Dort, wo Kaiser Justian dem Bürgen das Beneficium ordinis verleiht, gedenkt er auch mehr als einmal des Mandators, verleiht es diesem ausdrücklich mit, und stellt beyde in dieser Hinsicht einander völlig gleich [9]). Gleich einem Bürgen haftet der Mandator auch nur so weit, als er sich verbindlich gemacht, d. h. hier, als der Mandatar die Schranken des Auftrags nicht überschritten [10]); er haftet überhaupt nur unter der Voraussetzung, daß die Bedingungen, die er etwa vorschrieb, erfüllt sind, und der Mandatar, wenn er ihm z. B. auftrug, dem dritten Geld gegen hypothecarische Sicherheit zu leihen, es an dieser Vorsichtsmaßregel nicht fehlen ließ; [11]) er wird seiner Verbindlichkeit entledigt, wenn die Hauptschuld getilgt ist, [12]) von mehreren Mandatoren gilt, [13]) was von mehreren Mitbürgen gilt, u. s. w.

Nun entsteht die wichtige Frage: gehört es zum Wesen des qualificirten Mandats, daß der Mandans sich ausdrücklich verbindlich gemacht, für den dritten haften zu wollen, oder, daß er ausdrücklich die Gefahr übernommen hat, — verbindet nicht vielmehr der bloße Auftrag

---

9) Nov. 4. cap. 1.

10) L. 22. C. de fidej. et mandator.

11) L. 7. C. de fidej. et mand.

12) L. 4. C. eod.

13) L. 28. pr. C. eod.

schon den Mandanten, zu ersetzen, was dem Mandatar durch Vollziehung des Auftrags von seinem Vermögen fehlt? Die Rechtsgelehrten drücken sich so darüber aus, als glaubten sie das Erstere. Seht da den Irrthum! Wenn gleich die Gesetze der übernommenen Gefahr *ob contingentiam facti* mit erwähnen, [14]) so kann dies doch für etwas, was wesentlich wäre, als etwas, was den Grund der subsidiarischen Verbindlichkeit enthielte und daher nicht fehlen dürfte, nicht gehalten werden. Vielmehr, wenn Mandans auch nicht ausdrücklich die Gefahr übernahm, haftet er wegen seines Auftrags, weil der Mandatar nur wegen dieses Auftrags, nur in Folge desselben das Geschäft mit dem dritten eingegangen ist. Den Beweis hiefür enthalten so viele Gesetzstellen, welche nicht von der übernommenen Gefahr die Verbindlichkeit des Mandanten (Mandators) abhängig machen, so wie der angegebene auch von ihnen ausgedrückte Grund. Wer also dem andern aufträgt, nicht etwa überhaupt, sondern an eine bestimmte Person sein Geld zu verleihen — was kein bloßer Rath ist, sondern da das aufgetragene Geschäft den Vortheil eines dritten betrifft oder mitbetrifft, im Sinne des Römischen Rechts ein wahres Mandat [15])

---

14) Wie in dem Beyspiel, was L. 24. D. de fidej. vorkommt.

15) *L.* 2. §. 2. *D. Mandati.* Aliena tantum (sc. gra-

— macht sich eben dadurch verbindlich, für den dritten zu haften.

1) *L.* 6. §. 4. *Mandati.* Si tibi mandavero, quod mea non intererat, veluti *ut pro Sejo intervenias*, vel *ut Titio credas:* erit mihi tecum mandati actio (ut Celsus Lib. 7. Dig. scribit), et ego tibi sum obligatus.

2) § 6. *I. de mandato* — — Et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati tenatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio foenerares? sed obtinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

3) *L.* 7. *C. Mandati.*

Si literas ejus secutus, qui pecuniae actor fuerit, [16]) ei, qui tibi literas tradidit, pecu-

---

tia intervenit mandatum) veluti si tibi mandem, ut Titii negotia gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo fidejubeas. §. 5. Tua et aliena, veluti si mandem tibi, ut Titio sub usuris crederes. Quodsi ut sine usuris crederes; aliena tantum gratia intervenit mandatum.

16) *Pecuniae actor* kann etwa durch Caſſirer überſetzt werden, einer, der Ausgabe und Einnahme zu beſorgen hat. Actor est, ſagt Briſſon, per quem omnes res administrantur, und weiſet dabey hin auf L. 40. D. de statu lib. L. 37. D. de leg. 1. Ferner: Conveniunt fere actoris et *dispensatoris* officia-

nias credidisti: tam condictio adversus eum, qui a te mutuam sumsit pecuniam, quam adversus cum, *cujus mandatum secutus es*, mandati actio tibi competit.

4) *L.* 18. *C. eod.*
Post solutionem a se factam, qui dari mutuo mandavit, ab eo, pro quo intercessit, vel successoribus ejus, quod solutum est, etiam cum usuris post moram recte postulat. 17)

Es verdient bey dieser Gelegenheit bemerkt zu werden: Hat Jemand dem andern nicht aufgetragen, einem dritten zu creditiren, sondern bloß erklärt, oder versichert, der dritte sey ein sicherer Mann, er könne ihm wohl creditiren, und werde sein Geld wohl wieder erhalten; diese bloße Versicherung verbindet ihn nicht, für den dritten zu

---

Dies letztere paßt aber nur auf den actor *pecuniae* — wovon grade an dieser Stelle die Rede ist. — Actor pecuniae oder summarum ist vom *actor omnium rerum*, wovon Brisson spricht, noch zu unterscheiden. Zum actor ward oft ein Sklave bestellt. *Pitiscus* s. v. *actor*. (Lex. antiq. Rom. tom. 1. p. 23.)

17) Aus der letzten Stelle scheint hervorzugehen, daß gegenwärtig und nach dem Recht des Codex der Mandator einem Bürgen auch darin gleich sey, daß er keiner Cession der Rechte des Gläubigers bedürfe, um gegen den Schuldner seinen Regreß nehmen zu können; oder war etwa von einem Fall die Rede, wo Mandans zugleich Mandatar war?

haften. Er ist doch höchstens ein Rath nur, oder eine mit dem Rath gleichen Schritt haltende Empfehlung, [18]) und es findet hier folglich die Regel Anwendung: Consilium non est obligatorium. Ausnahmen würden nur seyn,

1. wenn er vom Gegentheil überzeugt jene Aeußerung that, um dem andern zu schaden, oder sich einen ungebührlichen Vortheil zu verschaffen, also wenn er in dolo war [19]);
2. wenn er die Gefahr übernahm, und
3. wenn der andere ihm aufgetragen hatte, sich nach den Vermögensumständen des dritten zu erkundigen, und er, seinen Auftrag schlecht ausrichtend, Unwahres berichtet hatte. [20])

---

18) *L.* 12. §. 12. *D. Mandati.*

19) *L.* 7. §. 10. *D. de dolo malo.* Idem Pomponius refert, Caecidianum Praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum, qui adfirmaverat, *idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur.* Quod verum est: nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari. *L.* 8. *eod.* Quod si cum scires, eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi, idoneum esse: merito adversus te, quam mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo judicium dandum est.

20) *L.* 42. *D. Mandati.* Si mandavero tibi, ut excuteres vires hereditatis, et tu, quasi minor sit, euma me emeris, mandati mihi teneberis. *Tantumdem, et si tibi mandavi, ut vires excuteres ejus, cui eram crediturus, et renunciaveris, eum idoneum esse.*

2. Vom Unterschied zwischen Rath und Auftrag und von den Fällen, in welchen der Rathgeber verantwortlich ist. Dabey Erklärung eines *Locus desperatus*. (*L.* 6. §. 4. *D. Mandati*).

Der Rathende und der Auftragende, beyde suchen einen andern zum Handel zu bewegen, aber auf verschiedene Weise. Dieser — der Auftragende — fordert es, wenn auch nur als eine Gefälligkeit; jener — der Rathende — stellt es in den Willen des Berathenen und sucht nur durch Vorstellung von Gründen, die es dem Berathenen, wenigstens scheinbar, selbst vortheilhaft machen, also zu handeln, auf seinen Willen einzuwirken, indem ihm bloß um des Berathenen selbst willen daran gelegen ist, daß er die Handlung vornehme.

Der übernommene Auftrag verpflichtet den Beauftragten, namentlich das übernommene Geschäft auszurichten, und den Auftragenden, ihn zu entschädigen. Hingegen aus dem Rath entspringt keine Verbindlichkeit, weder für die Berathenen, den Rath zu befolgen, noch für den Rathenden, die nachtheiligen Folgen des befolgten Raths zu verantworten. Den Grund, weshalb der Rathende nicht verbunden ist, den Schaden zu vergüten, welcher der Berathene durch die Befolgung des Raths erlitten, gibt Cajus an: es stand bey dem Berathenen, den Rath auch nicht zu befolgen, und er mußte am beßten wissen, was

ihm nützlich seh. [1]) Indessen liegt der Grund tiefer. Der Rathende macht sich nicht verbindlich; er will auch nicht, wie beym Mandat, daß der Berathene für ihn, sondern daß er für sich selbst, so zu sagen, auf seine eigne Rechnung handeln soll.

Von der Regel, daß der Rathende nicht verbunden sey, für die nachtheiligen Folgen aufzukommen, die aus der Befolgung des Rechts für den Berathenen entspringen, gibt es bekanntlich einige Ausnahmen. Außer Streit gehört dahin: 1. wenn der Rathende in dolo war, oder in der Absicht, dem andern zu schaden, den Rath ertheilte. Freylich wird aber durch den Dolus der Rath nicht in einen Auftrag umgeschaffen, sondern es bleibt ein Rath, aber ein solcher, welchen der Rathgeber, wegen seines Dolus, zu verantworten hat. Er kann daher nicht mit der actio mandati, sondern nur mit der actio de dolo in Anspruche genommen werden. [2]) Nach Römischem Recht hat dies keinen Zweifel. Davon abgesehen, kann auch ein in bösem Vorsatz ertheilter Rath den Rathgeber nicht verbindlich machen. Gesetzt auch,

---

1) *L.* 2. §. 6. *D. Mandati.* — Nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur: quia, liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium.

2) L. 47. D. de reg. jur. L. 8. 21. 31. D. de dolo. L. 2. D. de proxen. cap. 2. de reg. jur. in 6to.

daß der Berathene durch den Rath zum Handeln verleitet ist und ohne ihn nicht gehandelt haben würde, so war doch seine Willensfreiheit nicht aufgehoben; er ist selbst in Schuld, wenn er einen nachtheiligen Rath befolgte, den er zu befolgen nicht nöthig hatte.

Eben so kann es 2. keinen Zweifel leiden, daß derjenige, welcher wegen seiner Amts, oder der Kunst, wovon er ein Gewerbe machte, in Sachen, die dahin einschlägen, um Rath gefragt, einen schlechten Rath ertheilt, in Ansprache genommen werden könne. 3) Es wird aber natürlich dabey vorausgesetzt, nicht bloß, daß der Rath einen nachtheiligen Ausgang hatte, sondern, da es auf den Erfolg nur in so weit ankommt, als daraus erhellet, daß ein Schade gestiftet sey, außerdem aber nicht, daß der Rath an und für sich schlecht war, auf Unwißenheit, Irrthum, Unbedachtsamkeit, Mangel gehöriger Ueberlegung, u. s. w. beruhte. Die Verbindlichkeit, die nachtheiligen Folgen des Raths zu verantworten, entspringt hier aus der Verbindlichkeit, guten Rath zu ertheilen, und diese entspringt wiederum aus dem Vertragsverhältniß, worin der Rathende zu dem Berathenen steht, vermöge dessen er ihn nicht durch Schuld beschädigen darf.

Weiter versteht es sich 3. von selbst, daß der Rathende die nachtheiligen Folgen des befolgten

---

3) L. 2. D. Quod quisque juris.

Raths verantworten müsse, wenn er sich besonders dazu verbindlich gemacht hat.

Von allen Ausnahmen kann diese grade am wenigsten bezweifelt werden. Dennoch lehrt Gerhard Noodt [4]): Wer dem andern bloß rathet, haftet nicht, ob er gleich die Gefahr übernahm. Er haftet selbst dann nicht, wenn der Rath auch in Gestalt eines Auftrags erscheint. Eben dies lehrt Thibaut;[5]) er setzt jedoch hinzu, er haftet, wenn er nicht bloß die Gefahr übernahm, sondern der andere ohne den Rath nicht gehandelt haben würde; beydes müsse zusammen vorhanden seyn. Noodts Meinung beruht auf einer mißverstandenen Erklärung der folgenden Aeußerung des Celsus:

L. 48. § 1. *D. Mandati.*

Cum mando tibi, ut credendo pecuniam, negotium mihi geras, mihiqne id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit: puto mandatum posse consistere. §. 2. Caeterum, ut tibi negotium geras tui arbitrii sit nomen, id est, ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum duntaxat ad me pertineat, jam extra

---

4) Probabilia jur. civ. Lib. 4. cap. 12. No. 5.

5) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Bd. 1. Abh. 8. S. 131. folg. Neue Aufl. S. 121. folg.

mandati formam est: quemadmodum, si mandem, ut tibi [6]) quemvis fundum emat.

Also lehrt Celsus: Wenn ich dir Auftrage, Geld zu verleihen für mich oder für meine Rechnung, so ist es ein Mandat; trage ich dir aber auf, Geld für deine eigene Rechnung zu verleihen, so ist es kein Mandat, obgleich ich die Gefahr übernommen habe. (In beyden Fällen ist von einem allgemeinen Auftrage die Rede, Geld zu verleihen, nicht von dem Auftrage, Geld zu verleihen an eine bestimmte Person; sonst hätte es im ersten Fall gar nicht zweifelhaft seyn können, daß wirklich ein Mandat vorhanden sey, und im zweyten würde die Entscheidung grade umgekehrt ausgefallen seyn.) Wenn nun gleich im zweyten Fall kein Mandat vorhanden ist, so ist damit nicht gesagt, wie das Versprechen, die Gefahr tragen zu wollen, nicht verbindlich seyn sollte. Das Mandat war freilich nur scheinbar; denn in der That war ein Rath vorhanden; und dieser ward auch dadurch nicht in ein Mandat verwandelt, daß der Rathgeber die Gefahr übernahm. Da aber jener die Gefahr übernommen hatte, haftete er allerdings, nicht als Mandans, sondern als ein solcher, der es ver-

---

6) Die Florentina hat *mihi*, es muß aber mit Haloander *tibi* gelesen werden, wie Gerhard Noodt a. a. O. bemerkt.

sprochen hatte, und er konnte daraus belangt werden, insofern dies Versprechen bey den Römern in die gehöre Form gegossen war. Die Meinung des Gerhardt Noodt ist also nicht gegründet, und ebendies gilt von der Meinung Thibauts. Wenn jemand rathet, und dabey erklärt, der Berathene möge den Rath auf seine Verantwortung befolgen, dieser nimmt es auch an; so ist nicht weiter darnach zu forschen, ob der Berathene ohne diesen Rath nicht eben so gehandelt haben würde, zumal sich dies sodann von selbst verstehen dürfte. Man kann auch hier mit vollem Rechte sagen: der Rathende haftet in diesem Fall nicht wegen seines Raths, sondern, weil er sich dazu verbindlich machte, und daher kann man den Rath ganz bey Seite setzen. Sollte wohl ein Bürge sich mit dem Einwande schützen können, der Gläubiger würde auch ohne die Bürgschaft dem Schuldner getraut haben? Gewiß nicht, denn, wie wahr das auch seyn mag, der Bürge haftet wegen seines Versprechens.

Ob es, außer den aufgezählten, nicht noch eine vierte Ausnahme von jener Regel gibt, das ist die Frage, welche die Rechtsgelehrten nicht auf dieselbe Weise beantworten. Wir wollen uns nicht dabey aufhalten, die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten über diese Frage zu berichtigen, sondern verweisen den Leser an Thibaut [7].

7) a. a. O.

Es kommt hiebey alles auf die richtige Erklärung einer Aeußerung Ulpians an. Die Auslegung dieser Stelle gelang nach unserm Ermessen den Rechtsgelehrten nicht, die sich bisher darum bemüheten, namentlich nicht dem Gerhard Noodt, [8]) und auch unserm Thibaut [9]) nicht, ich glaube sogar, der Letztere wird dies selbst gestehen, fallen ihm anders diese Blätter in die Hände, und hat er sie bis zu Ende gelesen. Es gilt also den Versuch, auf einem neuen Wege die Wahrheit zu finden, und auf solche Art unsere Kenntniß des Römischen Rechts, wenn auch nur um einen kleinen Satz, zu bereichern. Die Stelle Ulpians lautet folgendermaßen:

L. 6. §. 4. D. Mandati.

Si tibi mandavero, quod mea non interat, veluti ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas: erit mihi tecum mandati actio (ut Celsus Lib. 7. Dig. scribit) et ego tibi sum obligatus. §. 5. Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.

---

8) a. a. O. No. 6.
9) a. a. O.

Es ist ein ausgemachter, in der Natur der Sache gegründeter Rechtssatz, den Cajus [10]) und nach ihm Justinian [11]) vortragen, daß, wenn das aufgetragene Geschäft bloß den Vortheil des Mandatarii zum Zwecke hat, und bloß ihn allein angeht, ein solches Mandat kein wahres Mandat, sondern als ein bloßer Rath zu betrachten sey. Muß man nun nicht, in Folge dieser Aeußerung Ulpians, annehmen, daß ein Auftrag, welcher vom Mandat bloß die Form hat, in der That aber ein Rath ist, gegen die sonstige Regel in dem Fall verbindlich sey, wenn der Handelnde ohne diesen Rath nicht gehandelt haben würde? Aber, läßt sich diese Ausnahme wohl mit der Regel vereinigen, welche Ulpian anderswo an die Hand gibt, indem er sogleich die Ausnahme hinzufügt:

Consilii, nisi fraudulenti, nulla est obligatio [12])?

Würde nicht jeder Berathene sagen und in den meisten Fällen mit Recht sagen: er würde ohne den Rath nicht gehandelt haben, stößt sie also die Regel nicht um? Ja, empört sich nicht die Vernunft gegen eine solche Ausnahme? Es kann also wohl die Meinung des Ulpian nicht gewesen seyn, daß ein bloßer Rath — ein offenbarer oder versteckter — verpflichten solle, wenn der Berathene ohne den Rath nicht gehandelt haben

---

10) L. 2. pr. et §. 6. D. Mandati.
11) §. 6. J. de Mandato.
12) L. 47. D. de reg. jur.

würde. In der That war sie es auch nicht, und das, was er lehrt, stimmt nicht nur mit andern Rechtsgrundsätzen sehr wohl überein, sondern kann auch gar nicht anders seyn.

Ulpian lehrt: Wenn ich dir ein Geschäft auftrug, was dich selbst, mich aber nicht anging, so hafte ich dir, (mit der actio mandati contraria) wenn du es in Folge meines Auftrags verrichtetest und außerdem nicht verrichtet haben würdest. Ulpian gibt hier eine Regel, welche das Mandat betrifft, und denkt dabey an keinen, wenigstens an keinen sogleich erkennbaren Rath. Vielmehr muß nun, in Folge von Grundsätzen, welche die Natur der Sache und andere Stellen des Römischen Rechts an die Hand geben, zu jener Regel Ulpians, um sie zu erläutern, oder näher zu bestimmen, Folgendes hinzugesetzt werden:

Es muß aber das Mandat nicht wie ein bloßer Rath zu betrachten gewesen seyn. Als ein bloßer Rath ist es nur zu betrachten, wenn der Auftrag von der Art ist, daß dem Mandanten selbst gar nicht, auch keinem dritten daran gelegen ist, sondern bloß dem Mandatar, und dabey auch zugleich aus der Art des Auftrags erhellet, wie der Mandans gar nicht wolle, daß der Mandatar das Geschäft für ihn, oder zum Besten eines dritten, sondern daß er es für sich selbst verrichte.

Ein Beyspiel wird die Sache klar machen: Einer schreibt dem andern: Ich ersuche Sie, sogleich nach Empfang dieses Briefes nach der Hauptstadt zu reisen, und dort das Geld in Empfang zu nehmen, was B. Ihnen auszahlen wird. Jener reiset, empfängt das Geld aber nicht, weil B. Schulden halber entwichen ist. Dies befürchtete A. und hatte mit B. die Abrede getroffen, er wolle den C. noch befriedigen, wenn er sich in den nächsten Tagen deshalb meldete. A. war gar nicht dabey interessirt, daß C. die Reise unternahm, er hatte bloß die gute Absicht, dem C. zu seinem Gelde zu verhelfen. Das Interesse war bloß auf Seiten des Mandatarii. Dieser würde die Reise gar nicht unternommen haben, wenn A. ihm die Wahrheit entdeckt, und nicht auf jene laconische Art an ihn geschrieben hätte. (Es wäre freilich sonderbar, wenn, unter den angeführten Umständen, A. so, wie bemerkt, geschrieben hätte. Aber wie weit sonderbarer drücken sich oft die Leute nicht oftmahls aus, sey es aus Affectation, Unbedachtsamkeit, Leichtsinn, oder aus welchem Grunde es sonst seyn mag). Vielleicht hätte er dem Wort des B. nicht getraut, vielleicht nicht nöthig gefunden, sich an Ort und Stelle zu begeben, um das Geld entgegen zu nehmen. Er unternahm die Reise, weil A. es ihm aufgetragen hatte, sie zu machen, und würde mit Recht den Ersatz der Reisekosten von A. begehren. Auf Fälle

dieser Art ist die Regel anwendbar, welche Ulpian gibt.

Nun wollen wir annehmen, A. hätte also geschrieben: Ich habe sichere Nachricht, daß es mit B. nächstens zum Bruche kommen wird; reisen Sie daher sogleich nach Empfang dieses Briefes nach der Hauptstadt und suchen sie ihr Geld zu retten, u. s. w. Dies wäre ein bloßer Rath gewesen, den C. auch auf der Stelle als solchen erkannt haben würde. Es ist hier nicht anders, als in den Beyspielen, deren Cajus und Justinian gedenken, wo Jemand dem Andern aufträgt, sein Geld auf Zinsen zu leihen, oder im Ankauf von Grundstücken anzulegen. Alle diese Fälle haben vom Mandat nur die Form; es ist immer bloßer Rath, der auch als solcher sogleich erkannt wird.

Wir sehen also:

Unsere Gesetzstelle — die Aeußerung Ulpians — gehört gar nicht zum Rath, sondern muß in der Lehre vom Mandat ihre Stelle einnehmen.

Wir sehen ferner:

Was Cajus und Justinian lehren, ist wahr; wahr ist aber auch, was Ulpian lehrt; ihre Sätze kommen mit einander nicht in Collision.

Nebenbey ziehen wir aus vorstehender Abhandlung die Lehre ab: Manches scheint auffallend und widersprechend, weil wir Sätze einander gegenüberstellen, die, wenn jeder an seinem Ort und zu seiner Zeit sich geltend

machte, in Frieden und gutem Vernehmen mit einander leben würden.

3. Vom Erlöschen des Mandats durch Tod und Wiederruf.

§. 1.

Welcher die Sätze selbst enthält.

Nicht selten scheint es, als sey das Römische Recht zu fein zugespitzt, und wenn es das weniger wäre, würde es für den Gebrauch im gemeinen Leben oftmals tauglicher seyn. Römer und noch mehr vielleicht Griechen mochten für sinnreiche Einfälle eines Rechtsgelehrten empfänglicher seyn; der einfache Sinn des Deutschen gibt nicht so viel darauf.

Daß durch des Mandanten Tod, und eben so durch seinen Wiederruf (der auch tacite geschehen kann) der Auftrag beendigt werde, wer weiß das nicht? Weniger bekannt, doch nichts desto weniger gewiß ist: das aufgetragene Geschäft, was der Mandatar nach dem Tode oder Wiederruf mit einem dritten schloß, gilt nicht, obgleich der Mandatar es geschlossen hatte, ehe denn er Tod oder Wieder-

ruf erfahren hatte. [1]) Die Anwendung davon auf die durch einen Bevollmächtigten geschlossene Ehe macht der Pontifex. [2]) Nur Schuldner, die dem Mandatar oder einem ihnen angewiesenen dritten zahlen, nicht kennend den Tod oder Wiederruf des Gläubigers, werden ihrer Verbindlichkeit entledigt, und dies ist gegen die Regel des strengen Rechts propter utilitatem also eingeführt. [3]) Dabey scheint es sich schon von selbst zu verstehen, was die Gesetze lehren, daß der unschuldige Mandatar Ersatz von Auslagen begehren kann, die er zur Ausrichtung des Mandats aufwandte, ehe denn er Tod und Wiederruf erfuhr [4]).

---

1) L. 4. pr. D. de manumissis vindicta. L. 41. D. de reb. cred. L. 25. §. 14. D. de adq. v. omitt. hered.

2) Cap. 9. X. de procur. in 6to.

3) §. 14. I. de mandato. L. 26. §. 1. D. Mandati. L. 77. §. 6. D. de leg. 2. L. 12. §. 2. D. de solut. L. 34. §. 3. D. eod.

4) L. 15. L. 26. pr. L. 58. D. Mandati. L. 19. §. 3. in fine D. de donat. S. über alles dieses *Vinn.* ad §. 9. I. Mandati. Glück Erl. der π. Th. 15. S. 354 folg. Westphal recht. Abhandlung von der Gültigkeit einer Handlung, die ein Anwald in Vollmacht verrichtet, da der Principal schon vorher die Vollmacht wiederrufen hatte oder gestorben war, wovon jedoch der Anwald keine Wissenschaft erhalten. Halle 1784 (in dessen rechtlichen Abhandlungen 2te Sammlung. Halle 1787.).

§. 2.

Vom Grunde, worauf sie beruhen.

Westphal und Glück führen als Grund an: Irrthum schützt gegen Schaden, gibt aber nicht Vortheil, nicht Recht. Dieser Grund scheint in Hinsicht auf den dritten und die Gültigkeit des mit ihm geschlossenen Geschäfts der wahre nicht zu seyn, da hier von einem factischen Irrthum die Rede ist; auf allen Fall scheint er zu weit hergeholt zu seyn.

Mit dem Leben hört der Wille auf, im Augenblick des Todes oder vielmehr, da das momentum mortis noch dem Leben angehört, [1]) gleich nach demselben. Dasselbe geschieht auch durch Willensveränderung. Wie nun zur Handlung Wille und That gehört, also fällt sie weg, wenn Wille oder That wegfallen oder nicht mit einander übereinstimmen. Der Mandatar ist das Instrument, wodurch der Mandans handelt, was zu diesem Zweck nicht weiter tauglich ist, wenn derjenige, welcher sich desselben bedient, nicht weiter handeln will. Eine Folge davon, daß der Wille des Mandanten aufgehört hat, ist, daß das mit dem dritten geschlossene Geschäft nicht gilt, wobey

---

1) *Averanii* Interpret. Lib. 2. cap. 16. no. 4. „Vivi enim moriuntur non mortui, et momentum, quo morimur, vitae tribuitur, non morti. *L. qui duos* §. 1. *D. de manum. testam.* *L.* 107. §. 1. *D. de leg.* 1. quamquam Plato nec vitae nec morti tribuendum esse censeat.“

es keinen Unterschied macht, ob der Mandatar von jenem Umstande unterrichtet war oder nicht, indem der Wille nichts desto weniger aufgehört hat, wenn der Mandatar es auch nicht wußte. Handelt der Mandatar nach jenem Ereigniß, so handelt der Mandant durch ihn nur dem Körper nach; die Seele, welche diese Maschine in Bewegung setzte, hat im Augenblick, da die That geschieht, zu wollen aufgehört. Von dieser Seite haben, irre ich nicht, die Römischen Rechtsgelehrten die Sache betrachtet [2]).

Sollen bloß philosophische Ideen hier zur Anwendung kommen — die Römischen Rechtsgelehrten könnten freilich keine andern geben — so muß man freilich gestehen, daß, wenn der Mandans stirbt, ehe denn das Geschäft geschlossen ist, selbiges unter allen Umständen ungültig seyn müsse. Dem dritten kann dies sehr nachtheilig seyn, auch ist man geneigt, auf seine Seite zu treten; aber in diesem Fall möchte er sich nicht einmal über Unbilligkeit zu beklagen haben, indem derjenige, welcher mit einem Mandatar contrahirt, sich den Todesfall des Mandanten als möglich vorstellen muß, und also nicht mit völliger Sicherheit daraufrechnen kann, daß das Geschäft von Bestand seyn werde.

---

2) Zur Bestätigung kann außer L. 12. D. Mandati besonders L. 4. pr. D. de manum. vind. dienen.

Zwischen dem Todesfall des Mandanten und dem Wiederruf desselben ist aber ein Unterschied zu machen. Schon Gefühl, also dunkle Vorstellungen, scheinen zu lehren, daß beyde hier nicht auf demselben Fuß behandelt werden können. Die bloße Willensbestimmung kann in der Sphäre des Rechts, kann wenigstens hier nicht in Betrachtung kommen, sondern nur der erklärte Wille. Dies wird man ohne weiteres einräumen; auch haben die Römischen Rechtsgelehrten es dadurch anerkannt, daß sie nur dem Wiederruf die Kraft beylegen, das Mandat aufzuheben. Sie versahen es nur darin, daß sie den Willen als erklärt annahmen, ehe denn er wirklich erklärt ist. Der Wille ist so lange noch nicht erklärt, als der Mandatar ihn noch nicht erfahren hat, die Worte oder Buchstaben noch unterwegs sind. So wenig das Mandat erlischt, wenn Mandans den Wiederruf bloß denkt und seinen Willen noch nicht ausgesprochen hat; eben so wenig erlischt es, ehe denn seine Worte oder andere Zeichen des Willens an die Addresse gelangt sind. Gedanken sind verba interna und Worte, die Niemand gehört hat, oder doch derjenige nicht, an den sie gerichtet sind, den Gedanken gleich zu achten. Hier waren die Römischen Rechtsgelehrten zu fein, vielleicht auch, möchte man sagen, nicht fein genug.

Doch wenn, was sie lehren, das Eine, wie das Andere, auch wirklich dem strengen Recht gemäß wäre — von Seiten der Nützlichkeit betrach-

tet, empfiehlt beydes sich nicht, wie denn überhaupt oftmahls die strengen philosophischen Ideen, wendet man sie auf das Leben an, diejenigen grade nicht sind, bey welchen die Leute sich wohl befinden. Der Verkehr unter den Menschen wird dadurch zu sehr eingeengt; denn mit Sicherheit kann Niemand sich mit Mittelspersonen einlassen. Wer wird mit einem Mandatar contrahiren, der wirklich Auftrag erhalten hat, von dem man aber niemahls mit Sicherheit wissen kann, ob er noch in diesem Augenblick, den Vertrag zu schließen, befugt, ob er jetzt, wo es gilt, noch Mandatar sey, ob Mandans nicht vielleicht so eben gestorben ist, oder einen Brief versiegelt und auf die Post gegeben, vielleicht auch nur erst geschrieben, oder einen Boten abgesandt hat, worin oder durch welchen er den Auftrag wiederruft?

§. 3.

Von dem Recht des dritten, Entschädigung zu fordern.

Westphal lehrt: das Geschäft mit dem dritten sey zwar ungültig, dieser könne indessen Entschädigung fordern, falls er durch das Geschäft einen besondern Schaden gelitten habe. [1]) Du schweigst, gelehrter Kenner des Civilrechts, Vin-

---

1) Ihm stimmt bey Glück a. a. O. S. 347.

nius? Würdest du geschwiegen haben, wenn du das für wahr gehalten hättest?

Mir gefällt dieses Schweigen. Jene fühlten hier eine Unbilligkeit, und glaubten; sie müsse auf diese Art ausgeglichen werden. Aber die Unbilligkeit, in so fern sie hier überhaupt vorhanden ist, liegt darin, daß das Geschäft ungültig seyn soll, obgleich der Mandatar und der dritte das Ereigniß nicht gekannt haben, was die Ungültigkeit bewirkt, und es auch nicht kennen konnten. Haben die Gesetze diese Ungültigkeit einmahl angenommen, so ist nicht abzusehen, wie sie dem dritten ein Recht auf Schadensersatz einräumen konnten. Wenigstens hätte es ausdrücklich geschehen müssen. Denn, einen Auftrag zu machen, ist ein erlaubtes Geschäft, und, ihn zu wiederrufen, ebenfalls und folglich fehlt es ganz an einem Facto obligatorio, woraus eine Verbindlichkeit zum Schadensersatz hergeleitet werden könnte. Daß der dritte auf Entschädigung kein Recht habe, wird dadurch bestätigt, daß die Gesetze nur dem Mandatar ein solches zugestehen, und schon dies als etwas anomalisches ansehen [1]), was indessen, wie es scheint, in Ansehung seiner so nöthig nicht gewesen wäre; denn Tod und Wiederruf tilgen zwar den Auftrag, aber nicht die Ansprache auf Vergütung für Kosten und Auslagen, die durch den anfänglich gültigen Auftrag vor Kenntniß des Aufhörens erwach-

---

1) §. 10. J. de mandato.

sen sind. Der Grund, weßhalb der Mandatar diese Ausgaben aufwandte, liegt doch immer in dem frühern Willen des Mandanten; der hier, daß ich so sage, nachwirkt; die Verbindlichkeit zur Schadloshaltung entspringt aus dem Mandat, wie es ursprünglich war.

§. 4.

Unanwendbarkeit der vorgetragenen Grundsätze auf die Tradition.

Wenn ein Veräußerer einem dritten aufgetragen hat, die Sache dem Erwerber zu tradiren; ehe denn es geschehen, stirbt er oder wiederruft; so erlischt der Auftrag und kann nicht weiter erfüllt werden, das versteht sich. Wie aber, wenn der Mandatar den Auftrag ausrichtet, weil er jenes nicht erfahren hatte? In Gemäßheit der vorgetragenen Grundsätze müßte die Tradition auch in diesem Fall ungültig seyn. Ja, was namentlich den Fall betrifft, da der Mandant mit Tode abgeht, so hört mit dem Leben nicht bloß der Wille, sondern auch alles Recht, zugleich mit dem Subject, auf. Der Verstorbene ist zur Zeit, da die Tradition geschieht, nicht mehr Eigenthümer, der Erbe ist es oder wird es, und dieser kann sein Eigenthum nicht ohne seinen Willen verlieren. [1]).

---

1) L. 9. §. 1. D. de jure dotium, womit zu vergleichen L. 2. §. 5. D. de donat. Eine nicht sonderlich ein-

Nun aber lehrt Pomponius:

Fundi venditor, etiamsi mandaverit alicui, *ut emtorem in vacuam possessionem induceret*: priusquam id fieret, non recte emtor per se in possessionem veniet. *Item si amicus venditoris, mortuo eo, priusquam id sciret, aut non prohibentibus heredibus, id fecerit, recte possessio tradita erit.* Sed si id fecerit, quum sciret dominum mortuum, aut quum sciret, heredes id facere nolle: contra erit.

Dagegen lehrt Julian:

L. 2. §. 6. D. de donat.

Sed si quis donatarus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, et ante mortuus erit, quam ad me perferat, non fieri pecuniam dominii mei constat.

Ferner lehrt African:

L. 41. D. de reb. cred.

—— Nam et si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas, deinde, mortuo me, ignorans dederis, accipientis non facies. Neque enim sicut illud receptum est,

---

leuchtende Erklärung der ersten Stelle (Ulpians) und Vereinigung mit der zweyten Stelle (des Julian) bey Paulus Busius ad l. 2. D. de donat. (Comment. ad Pand. p. 339.).

ut debitores solventes ei liberentur, ita hoc quoque receptum, ut credendo nummos alienaret.

Wie sind nun diese Stellen mit einander zu vereinigen. denn einen Wiederspruch anzunehmen sind wir hier, wo eine Vereinigung möglich ist, nicht berechtigt. Es kömmt nur darauf an, die beßte Art der Vereinigung zu finden.

Wollen wir annehmen, Pomponius rede bloß vom rechtmäßigen Erwerb des Besitzes, er lehre nur, der vom Todesfall nicht benachrichtigte Bevollmächtigte habe recht gehandelt, als er, seinem Auftrage gemäß, die Tradition vornahm; er sage grade nicht, wie das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen sey, und dies sey vielmehr, vermöge der hiemit zu verbindenden Stellen des Julianus und Africanus, zu verneinen? Diese Erklärung befriedigt nicht; denn der Erwerb des Eigenthums ist die Folge der gehörig geschehenen Tradition, und wenn Pomponius bloß hätte sagen wollen, der unwissende Bevollmächtigte sey wegen der bewerkstelligten Tradition nicht zu tadeln; das wäre so gut als nichts gesagt und eine Stelle von so leichtem Inhalt gleichermaßen des Pomponius nicht, und nicht der Aufnahme in die Pandecten würdig gewesen.

Eine andere Erklärung und Vereinigung bietet sich uns dar, die alt und gut zu seyn scheint. Pomponius spricht vom Verkauf und

einer Tradition, die in Folge eines vorhergegangenen Verkaufs geschehen sollte. Er spricht folglich von einem Fall, wo es nicht von dem Willen des Mandanten abhing, ob die Tradition geschehen solle, wo vielmehr er oder nach seinem Tode sein Erbe zur Tradition gezwungen werden konnte. Von entgegengesetzten Fällen handeln Africanus und Julianus. Darin steckt der Grund des Unterschiedes; so löset sich leicht das Räthsel [2]).

Freylich, auch gegen diese Erklärung regen sich noch einige Zweifel. Denn, würde nicht aus demselben Grunde die Tradition gelten müssen, wenn der Bevollmächtigte vom Todesfall un-

---

2) Paulus Busius (Com. ad π. p. 362): „Nec mutat *L.* 41. *D. de reb. cred.*, ubi traditio a procuratore facta, qui dominum ignorabat, defunctum, improbatur: quia ea procedit in pecuniis credendis et reliquis casibus similibus, verbi gratia, rei donandae, vendendae, locandae, cujus adhuc liberum arbitrium heredibus foret. In proposito (nämlich in dem Fall, wovon Pomponius in der L. 33. D. de poss. spricht, über welche Stelle Paulus Busius hier eben commentirt) speciale est, procuratorem, qui dominum mortuum ignorat, rem cum effectu ideo tradere, quod ad tradendum mandator vel ipse heres posset compelli. *Alex. et alii hic.*“ Unter Alexander ist doch wohl Alexander Tartagnus gemeint.

terrichtet oder gegen das Verbot des Erben sie vornahm? Indessen ist zwischen beyden Fällen ein merklicher Unterschied. Der vom Todesfall unterrichtete Mandatar, oder ein solcher, dem es verboten ist; wenn er den erloschenen Auftrag ausrichtet, handelt er unerlaubt? Dieser Einwurf ist also leicht zu widerlegen. Aber man kann noch einen zweyten machen, und diesen zu zerstreuen, scheint nicht ganz so leicht zu seyn. Nämlich, kann man wohl in allen Fällen eines vorhergegangenen Verkaufs oder andern klagbaren Vertrags sagen, der Verkäufer u. s. w. sey zur Tradition verbunden gewesen? Kann er, können seine Erben nicht Gründe gehabt haben, die Sache dem Käufer vorzuenthalten? Indessen folgt daraus grade nicht, daß Pomponius diese Möglichkeit berücksichtigt habe. Und auf allen Fall, bis es Jemandem gelingt, eine bessere Vereinigung zu finden, mag diese im Besitz bleiben. Auch mag auf seine eigne Hand jeder glauben, was ihm gefällt, z. B. Pomponius habe anders gedacht, wie Julian, und besonders wie African; ich glaube es nicht.

Der hieraus abzuleitende Rechtssatz würde also seyn:

Uebergibt ein Beauftragter die Sache, nachdem der Auftragende gestorben oder der Auftrag wiederrufen war, so gilt die Tradition und der Empfänger wird Eigenthümer, wenn Verkauf oder sonstiges zur Tradi-

tion bindendes Geschäft, z. B. Schenkung vorhergegangen war. In andern Fällen gilt sie nicht. Sie gilt also nicht, wenn der Auftrag nicht auf Tradition, sondern auf Veräußerung überhaupt gerichtet, und vor Erlöschen des Auftrags ein zur Tradition bindender Vertrag nicht zu Stande gekommen war.

Da jenes nur als Ausnahme anzusehen, wird dadurch zugleich die oben (§. 1.) vorgetragene Regel bestärkt.

VII.

Von

Connossementen und der Uebergabe, die durch sie geschehen soll.

Im Junius 1817.

VII.

Unter einem Connossement (literis recognitionis) wird bekanntlich eine vom Schiffer ausgestellte Urkunde verstanden, worin dieser bekennt, gewisse darin verzeichnete Waaren von dem Absender empfangen und in sein Schiff aufgenommen zu haben, indem er (unter Verpfändung seines Vermögens und besonders des Schiffes selbst) sich verbindlich macht, die Waaren am bestimmten Ort an eine im Connossement gewöhnlich namentlich genannte Person (gegen Empfang des Frachtgeldes) abzuliefern. [1]) Gewöhnlich, wie gesagt, doch nicht in allen Fällen wird die Person des Empfängers in dem Connossement selbst namentlich genannt; denn bisweilen wird das Connossement auf den Inhaber, bisweilen auf die Ordre des Absenders gestellt; die Person des Empfängers wird dem Schiffer in der Folge durch Indossement bekannt werden. Von jener Urkunde werden drey gleichlautende Exemplare ausgefertigt, wovon das

---

1) Surland Grundsätze des Europäischen Seerechts. Th. 1. Bd. 2. Tit. 4. §. 250. *Widow* dissert. de dominio mercium intervenientibus literis recognitionis transmissarum §. 12.

eine der Absender behält, während er das zweyte dem Empfänger der Ladung sendet, welcher im Connossement, oder von ihm in dorso desselben genannt ist; das dritte bleibt in den Händen des Schiffers — wir werden sehen, zu welchem Zweck. —

Beyläufig sey mir erlaubt, zu bemerken, wovon auch hernach einiger Gebrauch gemacht werden wird: Durch den Frachtcontract, über welchen man die Urkunde, Certepartie genannt, aufnimmt, wird das Schiff nur im Allgemeinen nach einem bestimmten Ort hin in Fracht genommen; in dem Connossement macht der Schiffer sich verbindlich, die Waare, die er in den Raum des Schiffs aufgenommen hat, an die bestimmte, oder zu bestimmende Person abzuliefern.

Indessen ist doch das Connossement, seinem Hauptinhalt nach, nur ein Empfangsschein; was es außerdem enthält, gehört nur zum Frachtcontract, und kann als Fortsetzung desselben angesehen werden, oder als Anhang zu selbigem.

Nun ist es, nicht bloß in Deutschland, ein unter Kaufleuten sehr allgemein verbreiteter Satz, daß derjenige, welcher Waaren für eigne Rechnung verschrieben hat (denn der Empfänger der Ladung kann auch bloß Commissionär seyn), durch die Uebersendung oder vielmehr den Empfang des Connossements Eigenthümer der dem Schiffer anvertrauten Waaren werde, daß der Absender daher nicht befugt sey, über selbige auf andere Art zu disponiren, und mit der Person des Empfängers

Veränderungen vorzunehmen. Es soll dies jedoch nur in dem Fall gelten, wenn die Person des Empfängers in dem Connossement namentlich genannt ist; eine Unterscheidung, die so geartet ist, daß sie, hätte man nur ein wenig nachgedacht, gegen die Richtigkeit der ganzen Lehre mißtrauisch machen mußte.

Anzunehmen, daß der Empfang des Connossements den Uebergang des Eigenthums bewirke, ist unrichtig und unnöthig zugleich, wenn der Schiffer von demjenigen, welcher die Waaren verschrieb, abgesandt ward, überhaupt in Fällen, in welchen der Schiffer als Bevollmächtigter des Empfängers der Ladung handelt. Denn, dann versteht es sich, daß jener durch die Ueberlieferung der Waaren an den Schiffer, oder dadurch, daß sie in das Schiff eingeladen werden, den Besitz und durch den Besitz das Eigenthum erlange. Die Ueberlieferung der Waaren an den Schiffer ist dann die Ueberlieferung an den sogenannten Empfänger der Ladung. In diesem Fall kann der sogenannte Empfänger der Ladung durch Empfang des Connossements nicht erst erwerben, was ihm schon zuvor zustand, nämlich Eigenthum.

Anders ist es, wenn der Absender das Schiff in Fracht genommen hat. In diesem Fall läßt sich nicht behaupten, es sey durch die Ueberlieferung der Waaren an den Schiffer, oder dadurch, daß die Waaren in das Schiff geladen sind, der Besitz auf den sogenannten Empfänger der Ladung über-

gegangen. Vielmehr setzt der Absender den Besitz durch den Schiffer, als seinen Bevollmächtigten, fort, und Besitz und Eigenthum gehen auf den Empfänger der Ladung, der die Waaren für eigene Rechnung empfangen soll, erst dann über, wenn der Schiffer die Waaren an ihn abgeliefert hat. —

Man möchte sagen, ja man hat wirklich gesagt, wenn der Schiffer nicht Mandatar des sogenannten Empfängers der Ladung sey, so sey er doch als Geschäftsführer (negotiorum gestor) desselben anzusehen. Aber, man irrt sich; denn der Schiffer hat gar die Absicht nicht, die Waaren für den Empfänger der Ladung entgegen zu nehmen, und wenn es auch darauf so sehr nicht ankommen möchte, in so fern er nur ein fremdes Geschäft, nämlich das Geschäft des Empfängers, wirklich besorgte; so würde doch vorauszusetzen seyn, daß der Absender der Ladung die Absicht gehabt habe, durch Uebergabe an den Schiffer den Empfänger der Ladung in den Besitz zu setzen, welches anzunehmen, kein Grund vorhanden ist, eben so wenig, wie in dem Fall, wenn Jemand einen Boten absendet mit Briefen oder Sachen, die dieser an eine gewisse Person überbringen soll.

In dem Fall, da der Absender das Schiff in Fracht genommen hat, wäre Erwerb des Eigenthums, was dem sogenannten Empfänger der Ladung bisher nicht zustand, durch Empfang des Connossements nicht unmöglich,

wenigstens nicht unnöthig, wie in dem vorigen; daß aber auch in diesem Fall Eigenthum durch das Connossement nicht wirklich erworben werde; daß überhaupt dieses Papier nicht tauglich sey, Besitz und Eigenthum zu verändern, das wollte ich hier hauptsächlich zeigen. Dies zu beweisen, ist nicht schwer; und wie sehr man sich auch dagegen sträuben mag, so wird doch aller Widerstand vergebens seyn, und man wird am Ende hierin nachgeben müssen.

Ist durch Gesetze oder Gewohnheiten einzelner Länder jener Urkunde eine solche Kraft beygelegt, so hat die Sache ihre gewiesenen Wege, und man muß sich dabey beruhigen, wenn man auch im Stillen trauert, daß Vernunft ihrer Gegnerinn weichen mußte.

Aber das kann nimmermehr eingeräumt werden, daß jene Grundsätze in der Natur der Sache gegründet und schon dem Römischen Recht gemäß seyn sollten [1]).

---

1) Gelehrte Hamburger haben diesen Gegenstand hauptsächlich behandelt, nämlich: *Slüter* diss. inaug. de trad. mercium per literas recognitionis. Traj. ad Rh. 1750. Ferner *Renzel* diss. inaug. de literis recognitionis praesertim duplicibus. Lugd. Bat. 1754., ingleichen *P. H. Widow* de dominio mercium intervenientibus literis recognitionis transmissarum moto concursu creditoribus cedente. Gött. 1761. Der letztere, dessen Dissertation mir von diesen drey zur Hand ist, erwähnt der Frage, wovon hier die

Büsch meint, in der Verpflichtung des Schiffers, die Waare gegen sein Connossement abzuliefern, liege der Grund, weshalb der Empfänger eines Connossements noch vor Ankunft der Ladung sich als den Eigenthümer der Ladung anse-

---

Rede ist, nur beyläufig, ohne sie zu beantworten. Der berühmte Joh. Georg Büsch führt in den Zusätzen zu seiner theoretisch-practischen Darstellung der Handlung 3. Bd. Hamburg 1800. S. 208. folg. noch zwey andere Hamburger an, welche über diesen Gegenstand Dissertationen geschrieben, nämlich Stertz Utrecht 1785. und Blank Gröningen 1745. (Außerdem finde ich bey Quistorp angeführt *Gerdes* de literis recognitionis Gröningae 1744.) Er selbst sucht auch zu beweisen, daß durch den Empfang des Connossements das Eigenthum der Waaren erworben werde. Ebendies behauptet auch v. Martens Grundriß des Handelsrechts. 2. Auflage, Gött. 1805. §. 15.; imgleichen, doch mit besonderer Beziehung auf Hamburg, England, Frankreich, Beneke System des Assecuranz- und Bodnereywesens. 1ster Bd. Hamb. 1805. S. 216. folg. S. auch Quistorps rechtl. Bem. 1 Thl. Bem. 108. Imgleichen Chr. Nic. Carsten Beytr. zur Erläuterung des Lüb. Rechts. Lübeck 1814. Nr. 9. S. 133. Das Preuß. Landrecht läßt gleichfalls durch den Empfang des Connossements das Eigenthum auf den Empfänger der Ladung übergehen. Kein Wunder: denn in diesem Theil der Preuß. Gesetzgebung waren Kaufleute oder solche, die sich zu ihnen hielten, thätig, als Sieveking, Büsch, Ulrich Möller. Indessen läßt das Preuß. Landrecht bey Geschäften zur See überhaupt symbolische Tradition zu. Thl. 2. Tit. 20. §. 200. (300)

hen könne. Allein diese Verpflichtung liegt dem Schiffer nicht vermöge des Connossements, sondern vermöge des Frachtcontracts ob, sie liegt ihm auch nicht gegen den Empfänger der Ladung ob, sondern gegen den Absender. Auch würde ja, wäre Büsch's Meinung gegründet, nicht das Connossement oder der Empfang desselben den Uebergang des Eigenthums bewirken, sondern schon der Empfang der Ladung von Seiten des Schiffers, in Folge der von ihm übernommenen Verpflichtung, selbige an die bestimmte Person abzuliefern.

Verzeihlich ist die irrige Ansicht des Nicht-Juristen, vielleicht nicht eben so der Eindrang in das fremde Fach. Was aber die Rechtsgelehrten betrifft, so kann ihnen der Irrthum weniger zu Gute gehalten werden. Indem sie einen allgemein gültigen Satz aufstellen, irren sie sich. Ihre Meinung ist aber entweder aus den besondern Gesetzen einzelner Länder abstrahirt oder es liegt dabey eine verwerfliche Nachgiebigkeit gegen die Meinungen der Kaufleute zum Grunde (diese guten Leute wollen nur immer gewinnen und meinen wol gar, alles müsse aus dem Wege geräumt werden, was ihnen dabey hinderlich seyn könnte, sollten auch die Regeln des Rechts dadurch zu Grunde gerichtet werden, woran doch vielmehr gelegen ist) — oder irrige Ansichten über die Natur der Tradition.

Es soll nämlich durch die Uebersendung des Connossements eine Art von symbolischer Tradition vor sich gehen.

Allein, eines Theils liegt schon in der Natur des Gegenstandes gar kein Grund, anzunehmen, daß es damit auf eine Tradition abgesehen gewesen sey. Der Schiffer verpflichtet sich gegen den Befrachter zum Transport der Waare, er erhält von diesem die Anweisung, die Waare an den sogenannten Empfänger der Ladung abzuliefern, und damit dieser davon unterrichtet werde, was und von wem er zu empfangen habe, auch um welche Zeit, besonders aber, damit er sich durch Vorzeigung einer Urkunde, wovon der Schiffer ein gleichlautendes Exemplar in Händen hat, was er also vergleichen kann, als zur Entgegennahme der Ladung autorisirt legitimiren könne, zu diesem Zwecke wird ihm das Connossement zugesandt. (Dieser Zweck ist immer gleich, der sogenannte Empfänger der Ladung mag für eigne oder für fremde Rechnung empfangen sollen.)

Zweytens ist dieses Object gar zu dem Zweck der Ueberlieferung nicht tauglich. Indem der Empfänger der Ladung das Connossement erhält, empfängt er nicht die Ladung, sondern — dies Stück Papier. Von der Ladung ist er vielleicht auf 1000 Meilen getrennt; sie hat er nicht in Besitz genommen, weder selbst — das versteht sich — noch durch einen Bevollmächtigten, wie wir hier voraussetzen; und doch kam es

hier darauf an, daß der Empfänger zum Besitz und durch den Besitz zum Eigenthum gelangte.

Daß jedes beliebige Zeichen zum Zweck der Tradition dienen könne, ist so leicht keinem Rechtsgelehrten, zu behaupten, in den Sinn gekommen. Was namentlich die symbolische Tradition durch Urkunden betrifft, so berechtigt uns die hieher gehörige Stelle des Römischen Rechts [2]) (die einzige), worin von einer (eigentlich so zu nennenden) symbolischen Tradition die Rede ist, obgleich auch dies unter den Rechtsgelehrten nicht ausgemacht ist, indem ältere und neuere Juristen sie von einem stillschweigenden Constitutum erklären, diese Stelle berechtigt uns höchstens, nämlich, wenn daraus überhaupt eine allgemeine auf gewisse Objecte (Sclaven) nicht zu beschränkende Regel abzuleiten ist, anzunehmen, daß durch solche Urkunden das Object, worüber es lautet, als tradirt anzusehen sey, aus welchen erhellet, von wem und aus welchem Grunde die Sache an den Veräußerer gelangt sey. Wie soll aber das Bekenntniß des Schiffers über den Empfang der Waare, wovon der Absender sogar selbst ein Exemplar behält, die Sache repräsentiren?

Alles, was durch die Uebersendung des Connossements bewirkt wird, ist in der That nichts, als eine Anweisung, die Waaren, welche der so-

---

2) L. 1. C. de donat.

genannte Empfänger der Ladung von dem Absender zu fordern hat, von dem Schiffer in Empfang zu nehmen und sie dann für sich zu behalten. Dies Mandatum de exigendo gibt ihm kein Recht auf die Waare und auch kein Klagerecht gegen den Schiffer.

Der Tadel, der hieraus hervorgeht, trifft nicht bloß den Rechtsgelehrten, sondern auch den Gesetzgeber. Denn, gibt nach den Gesetzen eines Landes oder Orts der bloße Vertrag Eigenthum, so bedarf es der Uebersendung des Connossements nicht, um diese Wirkung hervorzubringen. Wird aber erst durch Tradition das Eigenthum verändert, und will man von dieser Regel hier die Anwendung machen, so läßt es sich nicht rechtfertigen, wenn einem Stück Papier die magische Kraft beygelegt wird, Besitz zu gewähren, während die wirkliche physische Herrschaft noch nicht für einen Augenblick, vielleicht nie, erlangt wird. Das läuft auf ein bloßes Spiel hinaus.

Unsere Lehre hat auch nichts, was dem Handel nachtheilig wäre. Der Schiffer wird sich nicht weigern, gegen Empfang seines Frachtgeldes die Ladung an die ihm angewiesene Person oder dessen Substituten abzuliefern und kann es auch nicht. Wiederruft der Absender die Anweisung, dann darf er seinem Willen nicht entgegen handeln. Der Schiffer erscheint hier als ein zur Tradition Beauftragter, welcher die Tradition nicht weiter vornehmen darf, wenn es ihm verboten ist.

Wiederruft also der Absender, so sind zwey Fälle möglich: Er hatte entweder Grund zum Wiederruf oder keinen. Im letztern Fall muß der dritte sich an ihn halten, wie er auch hätte thun müssen, wenn er die Waare gar nicht abgesandt hätte. Hatte der Absender einen Theil des Kaufgeldes bereits auf ihn trassirt, so fordert er es zurück, und hätte übrigens nicht nöthig gehabt, vor Empfang der Waare Wechsel anzunehmen und Zahlung zu leisten. Im erstern Fall wäre es unrecht, wenn er nicht thun dürfte, wozu er berechtigt war.

Das Connossement wird ferner, um auch noch dies mitzunehmen, von den Kaufleuten als ein Handelsartikel angesehen: der Empfänger kann es, nach ihren Ideen, an einen dritten, dieser an einen andern u. s. w. cediren; der Cessionar wird durch eine solche Abtretung Eigenthümer der Ladung, ob sie gleich vielleicht noch immer unterwegs ist.

Nun ginge es zwar an, daß derjenige, welcher die Waaren verschrieben hat, sein Forderungsrecht an einen andern übertragen könnte; aber das Eigenthum kann bekanntlich nicht cedirt werden, und in diesem Fall vollends gar nicht, wo jener selbst es noch nicht einmal erworben hat. Eigenthum erlangen wir durch Tradition, nicht aber durch bloßen Vertrag und auch nicht durch Cession. Indessen, wenn man in der Uebersendung des Connossements eine symbolische Tradition sieht, so

ist es ganz consequent, wenn der Empfänger der Ladung, der unter dieser Voraussetzung wirklich Eigenthum erlangt hat, obgleich die Waare noch nicht angekommen ist, über sie als sein Eigenthum disponiren und dasselbe auf einen andern übertragen kann, auf eben die Art, wie er selbst es erlangte, nämlich durch die symbolische Tradition des Connossements. Das ist eine (in so weit richtige) Folgerung aus einem falschen Princip — wofür sie jedoch nicht grade gegeben wird — verwerflich, ja wie dies Princip selbst, in so fern es für allgemein gültig, oder für römisch erklärt, und von den Gesetzen einzelner Länder abgesehen wird. Da jenes nur Folgerung ist, so steht und fällt es mit jenem Princip; denn eine andere Haltung hat es nicht. —

Betrachtungen

über einige Stellen des Codex

oder:

von Contracten, die auf eines andern Namen geschrieben werden.

Im Februar 1818.

Im Januar 1818.

Die Stellen des Codex, die ich meine, mögen voranstehen. Sie sind zu lesen alle unter des vierten Buchs funfzigstem Titel, welcher folgende Ueberschrift hat:

Si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit.

rühren sämmtlich von den Kaisern Diocletian und Maximian her, und lauten, wie folgt:

1) *L.* 5.

Cum propria pecunia tua te comparante possessionem, quondam uxoris tuae nomen tantummodo accommodasse dicas, eandemque occasione custodiae suae commissorum instrumentorum contra bonam fidem proprietatem ejusdem fundi usurpasse dicas: Rector provinciae pro sua exercitatione cognitum habens, donationem a non domina uxore tua in filiam suam collatam, nullum praejudicium dominio tuo attulisse; docenti tibi veritatem precibus tuis adsistere, restituere eandem possessionem, habita etiam fructuum ratione, curabit.

2) *L.* 6.

Multum interest, utrumne uxore tua comparante pecuniam numerasti, eique possessio tradita est: an contractu emtionis a te nomine tuo habito, tantum uxoris nomen post instrumentis inscribi feceris. Nam si quidem uxor tua nomine suo emit, eique res traditae sunt, nec de te quidquam de his processit, non nisi de pretio adversus eam, in quantum tu pauperior et illa locupletior facta est, habes actionem. Quod si tu quidem emisti, et tibi tradita est possessio, tantum autem nomen uxoris quondam tuae instrumento inscriptum est, res gesta potius quam scriptura habetur. Si vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, emti actionem nec illi nec tibi quaesisti, dum, quae tibi non vis, nec illi potes. Quare in dominii quaestione ille potior habetur, cui possessio a domino tradita est.

3) *L.* 9.

Nihil prohibet, altero pecuniam numerante, in alium vel utriusque contrahentis consensu, vel certe venditore tantummodo volente, dominium transferri, eo etiam manifeste constituto, ut inter absentes per mediam personam, veluti per nuntium

vel per epistolam talis cohtractus perfici possit.

Wer das Forum kennt, weiß, wie oft dort über Fälle gestritten wird, in welchen Urkunden, namentlich Kaufbriefe, auf eines andern Namen geschrieben werden.

Vor allen Dingen wird es dann immer darauf ankommen, zu erforschen, welche Absicht in einem gegebenen Fall unter den hiebey thätigen Personen obgewaltet habe. [1])

Indessen, scheint es, müsse man folgende Fälle unterscheiden:

1) Jemand hat einen Contract, z. B. einen Kaufcontract geschlossen, und will nun mit Einwilligung des Verkäufers einen andern an seine Stelle setzen. Das reinste Mittel zum Zweck würde dann seyn, daß der Kaufbrief auf ihn ausgefertigt würde, er darauf seine Rechte aus dem Kaufcontract an den dritten cedirte, und dieser zugleich gegen den Verkäufer sich verbindlich machte, die Pflichten des ursprünglichen Käufers, an Stelle desselben, zu erfüllen. Dies wäre, wie gesagt

---

1) *L.* 34. *D. de reg. jur.* Semper in stipulationibus et in caeteris omnibus contractibus *id sequimur, quod actum est.*

die reinste Art, diejenige, welche sich genau an die Wahrheit hielte, und damit dürfte man auch hier immer am besten fahren. Doch läßt es sich denken, daß die Interessenten, zur Vermeidung eines Umwegs, sich dahin vereinbaren, der Kaufbrief solle sogleich auf den Namen des dritten ausgefertigt werden. In der That gehen hier alle dieselben Geschäfte auch vor sich, welche wir im vorigen Fall unterschieden, nämlich Kauf, Cession der Rechte von Seiten des Käufers, Expromission in Rücksicht seiner Pflichten von Seiten des dritten; nur fallen sie hier nicht so in die Augen. Indem die Contrahenten oder Interessenten sich vereinbaren, der Contract oder vielmehr der Kaufbrief solle auf des dritten Namen ausgefertigt werden, kann hierbey keine andere Absicht seyn, als daß Rechte und Pflichten des Käufers mit des Verkäufers Einwilligung, deren es in Hinsicht auf erstere (die Rechte) freilich nicht bedarf, auf den dritten übergehen sollen. Wenn nun diesem darauf die Sache übergeben wird vom Verkäufer, so leidet es keinen Zweifel, daß er durch Kauf und Uebergabe das Eigenthum erlangt habe. Ja, er würde das Eigenthum auch erlangt haben, ohne daß jene Vereinbarung mit dem ursprünglichen Käufer vorhergegangen wäre. Sobald er nämlich mit dem Verkäufer nur einig war, daß die Sache ihm verkauft seyn solle, sobald ihm von diesem die Sache in der Meinung, Eigenthum zu übertragen, und beziehungsweise, zu erwerben,

überliefert worden, würde das Eigenthum auf ihn übergegangen seyn, auch ohne Mitwirkung des ersten Käufers, weil nämlich der Verkäufer bis zur Tradition hin Eigenthümer geblieben und dieser also einen andern zum Eigenthümer zu machen im Stande war. Der Unterschied würde nur darin bestehen, daß der Verkäufer die Pflichten verletzen würde, welche ihm gegen den ersten Käufer oblagen, was jedoch auf den Erwerb des Eigenthums von Seiten des neuen Käufers von keinem Einfluß seyn würde. [2])

Es läßt sich auch denken, daß Jemand, welcher eine Sache gekauft hat, während sie ihm noch nicht überliefert ist, einem dritten die Sache zu schenken oder zum Brautschatz zu geben beabsichtigt, oder daß er sie einem dritten wieder verkaufte, und indem er die Pflichten, die ihm aus dem ersten Kaufcontract obliegen, selbst erfüllen will, oder sie auch schon erfüllt hat, gibt er dem Verkäufer die Anweisung, die Sache dem dritten zu überliefern, damit dieser durch Tradition zum Eigenthum gelange. Es ist in Fällen dieser Art bekanntlich so anzusehen, als sey die Sache zuerst ihm, dann von ihm dem dritten übergeben. Die eine Handlung der Tradition schließt in rechtlicher Hinsicht eine doppelte in sich. [3])

---

2) Meine Lehre vom Eigenthum. S. 122.
3) Meine Lehre vom Eigenthum. S. 158.

Von einem Fall dieser Art, wobey der Kaufbrief jedoch nicht füglich auf den Namen des neuen Erwerbers ausgefertigt werden kann, verstehe ich die letzte Stelle des Codex.

Der eine hatte gekauft und auch das Kaufgeld bezahlt. Er, welcher, bey noch nicht geschehener Tradition, selbst noch nicht Eigenthümer geworden war, wollte, daß ein dritter es werde, und diesem unmittelbar vom Verkäufer die Sache übergeben werde, welcher letzte, wegen seines noch fortdauernden Eigenthums, auch durch einseitigen Willen den dritten zum Eigenthümer zu machen, im Stande gewesen wäre.

Nihil prohibet, altero pecuniam numerante in *alium* vel *utriusque contrahentis consensu* vel certe *venditore tantummodo volente* dominium transferri.

Wir kommen nun zu einem zweyten von dem vorigen sehr verschiedenen Hauptfall:

2) Der Kaufbrief wird auf eines andern Namen ausgefertigt, jedoch nicht in der Meinung, daß er Rechte dadurch erlangen soll, sondern aus andern Gründen. Hier kauft Jemand, um es kurz zu sagen, unter eines andern Namen. Der dritte, welcher im Kaufbriefe als Käufer aufgeführt wird, ist nicht der wahre Käufer, ein anderer ist es; jener giebt bloß seinen Namen dazu her, und erscheint, wie auf dem Theater ein Figurant. Hier gilt nun, was von der Simulation gilt, wozu dieser

Fall gerechnet werden kann: Plus valet id, quod agitur, quam quod simulate concipitur. Die Wahrheit gilt mehr, als der Schein — und die Handlung selbst mehr, als die zum Beweise darüber aufgenommene Urkunde. Daher ist nicht Käufer und nicht Eigenthümer, wer in der Urkunde als solcher genannt worden; Käufer und Eigenthümer ist vielmehr derjenige, dem die Sache wirklich verkauft und übergeben ward. Was aber von diesem Fall gilt, daß läßt sich auf den vorigen nicht übertragen. Es versteht sich, daß der wahre Käufer, da er die Urkunde gegen sich hat, nöthigen Falls den Beweis übernehmen müsse, daß er es gewesen, welcher wirklich den Kaufcontract geschlossen, daß ihm durch Kauf und Uebergabe das Eigenthum zu Theil geworden.

Von Fällen, in welchen Jemand wirklich gekauft hat und bloß der Name eines andern dabey geborgt worden, welcher selbst keineswegs Rechte dadurch erlangen sollen, scheint es mir, nur von solchen Fällen sind die ersten mitgetheilten Stellen des Codex zu verstehen. Zuvörderst erinnere ich an die Worte der Ueberschrift:

Si quis alteri vel *sibi sub alterius nomine* vel aliena pecunia emerit.

und bitte dich nun gehörig vorbereiteten Leser jene Stellen jetzt noch einmal zu überlesen.

Es ist geschehen.

Wir fanden also: Ein Mann hatte ein Grundstück noch dazu mit eigenem Gelde erkauft, und dabey (aus unbekannten Gründen, vielleicht um seine Gläubiger im Nothfall zu berücken) bloß den Namen seiner vormaligen Frau gebraucht oder gemißbraucht (quondam uxoris suae *nomen tantummodo* accommodaverat); den Kaufbrief gab er ihr in Verwahrung. Die Frau machte sich die doppelte Unvorsichtigkeit des Mannes zu Nutze, (wenn es Unvorsichtigkeit, nicht böser Vorsatz war) und maaßte sich das Eigenthum des Grundstücks an, ja machte mit der fremden Sache sogar ihrer Tochter ein Geschenk. Beweise jenes Factum, daß du der wahre Käufer gewesen, daß wirklich dir die Sache verkauft und übergeben worden, schreiben die Kaiser zurück, und der Richter wird Dir wieder zu Deiner Sache, er wird Dir zu Deinem Rechte verhelfen. (Rector provinciae — *docenti tibi veritatem* — restituere eandem possessionem curabit.) Hiervon handelt die erste Stelle.

Auch in der zweyten ist von einem Rechtsfall die Rede, wobey die Frage war, ob der Mann das Eigenthum eines Grundstückes erlangt habe oder die Frau. Dieselben Kaiser stellen auch diesmal dieselben Grundsätze auf, nur scheint es, daß sie über das Factum, wie es sich eigentlich damit verhalte, zweifelhaft waren, daher haben sie die Beantwortung der Anfrage für jeden möglichen Fall anders eingerichtet. Es mache, lehren sie, einen großen Unterschied, ob die Frau gekauft habe,

und ihr die Sache übergeben worden, oder ob der Mann der wahre Käufer gewesen, und den Kaufbrief bloß auf ihren Namen ausfertigen lassen. Im ersten Fall sey die Frau Eigenthümerin geworden, und der Mann könne nur allenfalls das Kaufgeld oder einen Theil desselben wieder fordern, was er von dem Seinigen hergegeben, im letztern Fall der Mann. (Quodsi tu quidem emisti, et tibi tradita est possessio, *tantum autem nomen uxoris quondam tuae instrumento inscriptum est*, res gesta potior quam scriptura habetur). Die Kaiser schließen mit der Bemerkung: Im Streit über das Eigenthum habe derjenige den Vorzug, dem die Sache vom Eigenthümer übergeben worden. Ob diese Worte auf das Verhältniß zwischen Mann und Frau oder ob sie sich auf einen dritten beziehen, ist nicht zu ersehen. Sollte das letztere seyn, so ist der Satz deshalb auch für das erstere wahr. Denn allerdings wird es darauf hauptsächlich ankommen, wem die Sache tradirt ist. Derjenige, dem die Sache überliefert worden, in der Absicht, daß er selbst dadurch Eigenthümer werde, der wird es auch, da zum Uebergange des Eigenthums weiter nichts erforderlich, als daß in der Meinung, Eigenthum zu übertragen und zu erwerben, Besitz gegeben und genommen sey.

Hiermit könnte ich diese Abhandlung schließen, wenn ich bloß die Frage erörtern wollte, deren Beantwortung der Titel verspricht. Da ich aber zu

jenen Stellen des Codex einen kleinen Commentar zu liefern mir vorgesetzt, darf ich nicht aufhören, ohne über einen Rechtssatz, der hier gelegentlich und außerdem so häufig vorkommt, wenigstens so viel hinzuzusetzen, daß Leser aller Art das Ganze erkennen mögen, ihnen alles klar, nichts zweifelhaft sey. —

Es ist ein bekannter Grundsatz des Römischen Rechts: Durch einen andern erwirbt man nichts, es sey denn, daß der andere unserer Gewalt unterworfen ist. Dieser Grundsatz ist nie aufgehoben, nur von der Strenge desselben im Verlauf der Zeit in manchen Stücken nachgelassen. [4]) So nahm man unter andern an, Besitz könne ein anderer für uns erwerben, da dieser bloß res facti ist, und in so fern Erwerb des Eigenthums Folge des erworbenen Besitzes ist, auch Eigenthum, wenigstens seit Severus [5]) und vielleicht schon früher, wie [6]) gelegentlich Wiedow [7]) und [8]) besonders von Savigny [9])

---

4) S. auch Weber von der natürlichen Verbindlichkeit vierte Aufl. §. 89. a. S. 369. folg.

5) L. 1. C. de adq. vel. amitt. poss.

6) Unter Berufung auf L. 41. D. de usurp. et usuc.

7) de dominio mercium intervenientibus literis recognitionis transmissarum p. 2.

8) aus andern Stellen, so wie wegen zu verändernder Lesart in der Stelle des Codex (*pridem* statt *prudentia*.)

9) Recht des Besitzes, zweyte Aufl. S. 300. folg.

lehren. Insbesondere geht jene Regel auf den Erwerb von Rechten durch Verträge und in der Anwendung auf den Kaufcontract finden wir sie namentlich in der zweyten der oben mitgetheilten Stellen des Codex, so wie in der im Codex unmittelbar darauf folgenden. Die Kaiser Diocletian und Maximian schrieben nämlich in der zweyten Stelle: Hast Du (gleich Anfangs) für Deine Frau contrahirt, in ihrem Namen den Handel geschlossen; so hast Du weder für dich noch für sie eine Klage (Rechte) aus dem Kaufcontract erworben; für Dich wolltest Du es nicht, für sie konntest Du es nicht. (Si vero ab initio uxoris negotium gerens comparasti nomine ipsius, emti actionem nec illi nec tibi quaesisti, dum quae tibi non vis, nec illi potes). Eben so heißt es in der unmittelbar darauf folgenden Stelle des Codex, daß, wenn gewisse Personen in Auftrag gekauft und Klage aus dem Kaufcontract erworben haben (ac sibi emti quaesierunt actionem) derjenige, welcher den Auftrag gab (nicht unmittelbar, sondern) durch sie auf Erfüllung des Kaufcontracts klagen lassen möge. Man nimmt bekanntlich an, daß, wenn gleich auch nach neuerm Recht Mandans nicht mit einer actio *directa* klagen kann, ihm doch seit Antoninus Pius eine actio *utilis* zustehe, womit er, ohne daß es einer Cession der actio directa bedarf, gradezu selbst auf Erfüllung des Vertrags klagen könne.

Dies ist freilich für richtig zu halten. [10]) Auffallend ist es aber doch, daß die spätern Kaiser Diocletian und Maximian hierauf gar keine Rücksicht nehmen, und daß auch Tribonian und seine Gehülfen hier davon gar nichts eingeschaltet haben. Doch dieses werde bey Seite gesetzt, und statt dessen bemerkt, jene Regel: man kann durch andere nichts, namentlich keine Rechte aus Verträgen, erwerben, obgleich sie beauftragt sind — sey nur so zu verstehen, ein anderer könne sich für uns nichts versprechen lassen. Hingegen ist davon wohl zu unterscheiden und schon selbst dem Römischen Recht gemäß, daß durch Mittelspersonen die wechselseitige Einwilligung erklärt werden kann, so daß dann der Grundsatz: *Alteri stipulari nemo potest* [11]), keine Anwendung findet, die Mittelsperson ganz bey Seite tritt, und der Paciscent, welcher hier unmittelbar contrahirt hat, mit actionibus directis aus dem Vertrage klagen kann. Dies ist es, was die Kaiser im Sinne hatten, als sie in der letzten Stelle des Codex ganz am Schlusse sich also vernehmen ließen:

eo etiam manifeste constituto, ut inter absentes per mediam personam, veluti per

10) L. 16. D. de pact. L. 13. §. 25. de act. emti vend. L. 2. C. per quas pers. nobis adquiritur. Weber a. a. O. S. 371. Glück Erl. der π. 4 Thl. S. 561. folg.

11) L. §. 17. D. de Verb. Oblig.

nuntium vel per epistolam talis contractus perfici possit.

Dies war es auch wohl, was Paulus meinte, wenn er lehrte:

L. 15. *D. de const. pec.*

Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus: [12]) quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur.

Dies wird erst recht klar, wenn wir die Schlußworte der nächstvorhergehenden (von Ulpian herrührenden) Stelle damit verbinden.

Constituere autem et praesentes et absentes possumus; sicut pacisci: et per nuntium et per nosmet ipsos et quibuscunque verbis. [13]).

---

12) Ein *Non* muß mit Haloander ohne Zweifel hier eingeschaltet werden.

13) *Perez* ad Cod. Lib. 4. tit. 51. — — qui per nuntium emit, vel vendidit, ipsemet emere vel vendere intelligitur, quia nuntius non verba concipit in personam propriam, sed in personam domini, neque dicit, se contractui consentire, ut facit procurator, sed eum, a quo missus est, significat consentire, quasi illius epistola esset. *Huber Prael. in. J. Lib. 2. tit.* 9. Caeterum probe notandum, eos, qui per nuntios adquirunt, non tam per alios quam per semetipsos adquirere censeri, non secus, quam si rem per literas expedirent. Neque enim ut procurator, ita nuntius ipse adquirit, sed adquirentibus nobis ministerium praestat. *L.* 14. §. *ult. et seq. D. de const. pec.*

IX.

Beyträge

zu der Lehre von der Societät.

Im December 1817.

Im Dezember 1824.

Zu der Lehre von der Entsetzung

Widerlegung

IX.

I.

Versuch, den Begriff der Societas aufs Reine zu bringen.

Ich gestehe, daß ich mich in das, was in den Schriften der Rechtsgelehrten über den Begriff der Societät vorkömmt, nicht finden kann, und wer die Sache nicht schon ohnehin kennt, wird schwerlich im Stande seyn, dadurch zu einer deutlichen Einsicht in das Wesen eines Geschäfts zu gelangen, was so häufig vorkömmt, und bey so vielen Rechtsverhältnissen zum Grunde liegt.

§. 1.

Meinungen der Rechtsgelehrten.

Das Wesen der Societät besteht in der Gemeinschaft von Gewinn und Schaden, lehren Gerhard Noodt [1]) und Voet [2]). Huber [3]) definirt: Societas est conventio de rebus, lucroque et damno communiter habendis, setzt aber bald nachher im Widerspruch mit sich selbst hinzu,

---

1) ad tit. Dig. pro socio §. 1.
2) ad eund. tit. §. 1. et 8.
3) Prael. ad hunc tit. Inst. §. 1.

es sey nur gewöhnlich, nicht nothwendig, daß bey der Societät auch Sachen gemeinschaftlich würden. Hingegen lehrt Vinnius [4]): Societas est contractus, quo inter aliquos res aut operae communicantur, lucri in commune faciendi gratia. Und weiterhin: Societas est communio, consensu suscepta. Gerdes [5]) definirt: Societas est contractus de rebus lucri quaestusve causa communicandis. (Unter Sachen sind operae mitgemeint). Beyde stimmen darin überein, daß sie den Schaden von dem Begriff der Societas ausschließen, weil die Genossen nur Gewinn beabsichtigen, der Schade hingegen ihnen ganz wider ihren Wunsch und Willen widerfährt. Nicht viel anders definirt Pothier [6]): Societas est contractus de conferendis bona fide rebus aut operis animo lucri, quod honestum sit ac licitum, in commune faciendi. Weiter definirt Schilter [7]): Contractibus, qui solo consensu perficiuntur, et societas accedit, qua convenitur, ut res paciscentium aut opera conferatur et sit communis eorum, quae alias singulorum propria esset: ad hunc finem atque effectum, ut ex re aut opera commune etiam lucri communio sequatur et consequenter quoque damni.

---

4) ad tit. Inst. de societate pr.

5) Dissert. de societ. §. 1. et 2. (in ej. Oper. P. 1. No. 8.)

6) Pand. Inst. h. t. sect. 1. art. 1.

7) Prax. jur. Rom. Ex. XXIX. §. 1.

Höpfner [8]) hebt damit an, daß er Gemeinschaft und Gesellschaft von einander unterscheidet. Eine Gemeinschaft könne durch Vertrag und ohne Vertrag entstehen. Diese sey communio incidens, der Vertrag hingegen, wodurch eine Gemeinschaft eingeführt werde, heiße Societas. Darauf theilt er die Letztere nach verschiedenen Gesichtspunkten ein, und gibt dann eine bestimmtere Erklärung der Societät. Sie sey nämlich ein Consensualcontract, worin festgesetzt werde, daß mehrere Personen ihre Sachen einander mittheilen, in Gemeinschaft haben, oder gewisse Arbeiten zusammenrichten wollen und zwar (eins oder das andere) entweder des Erwerbs oder eines andern Endzwecks wegen.

Die Neuern geben erst den philosophischen Begriff der Societas. Dann fahren sie fort: Im engern Sinne sey Societas ein Vertrag, wodurch eine Gemeinschaft oder eine Gemeinschaft des Objects errichtet werde. (Welches Object hier gemeint sey, bleibt ungewiß; wahrscheinlich die zu conferirenden res aut operae.) Darauf beschränkt sich Günther [9]). Glück [10]) unterscheidet davon

---

8) Com. über die Inst. §. 905. folg.

9) *Princ. jur. Rom.* §. 995. Societas initur de objecto quodam in commune conferendo. Nempe 1., contractus hic intelligitur, ipsaque societas speciatim ejusmodi, qna communio objecti cujusdam constituitur. Generatim enim societas dicitur conjunctio personarum, quae ad finem communem obstringuntur.

10) im Com. Thl. 15. §. 961. S. 372.

noch Societas in der eigentlichsten Bedeutung, und darunter sey zu verstehen derjenige Consensualcontract, wodurch mehrere Personen sich gegenseitig verpflichten, Sachen oder Güter oder Arbeiten oder Beydes zugleich zum Zweck eines gemeinschaftlichen Gewinnes vereinigen zu wollen. Von dieser handelt dann der Verfasser, läßt sie in universalis und particularis, generalis und specialis zerfallen, und kurz er handelt unter diesem Titel die Societät nach ihren gewöhnlichen Eintheilungen ab. Thibaut [11]) begnügt sich, den allgemeinen Begriff der Societas zu geben und setzt dann hinzu: Geschieht diese Verbindung zu eigennützigen Zwecken, so nennt man sie societas quaestuaria, im entgegengesetzten Fall non quaestuaria.

Doch genug. Wir könnten leicht noch mehrere Schriftsteller anführen, sie würden aber nur wiederholen, was mir schon gehört haben.

§. 2.

Ausstellungen dagegen.

Die Menge dieser verschieden lautenden Definitionen, die Combination heterogener Begriffe bey demselben Schriftsteller (ohne alle Angabe von Mitteln, sie zu vereinigen) lassen schon vermuthen, daß die Sache nicht im Reinen sey. Zwar nicht

---

11) System des Pandectenrechts. §. 873.

alles, was über den Begiff der Societät die Rechtsgelehrten lehren, ist für falsch zu halten; es ist vielmehr mit dem Falschen das Wahre vermischt; Beydes ist aufzusuchen, jenes bey Seite zu setzen, dieses hervorzuheben, das Mangelhafte zu ergänzen, Licht, Ordnung und Zusammenhang in diese Materie zu bringen, und überhaupt eine gehörige Exposition des Begriffs der Societät zu geben, wenigstens so viel davon, als für den Selbstdenker hinlänglich ist.

Dies ist also die Aufgabe, die ich zu lösen unternehme. Wird es mir damit gelingen? Ich hoffe, der Versuch werde nicht gänzlich fehlschlagen, und wünsche es wenigstens.

§. 3.

Begriff der Societät nach allgemeinen Grundsätzen.

Abgesehen vom Römischen Recht, ist Societät ein Vertrag, wodurch mehrere sich verbindlich machen, einen gemeinschaftlichen Zweck, den sie vielleicht einzeln nicht oder nicht so gut erreichen könnten, durch ihre Vereinigung zu erreichen zu suchen: oder kürzer ein Vertrag, wodurch mehrere sich verbindlich machen, dazu beyzutragen, daß ein gemeinschaftlicher Zweck erreicht werde. [12])

12) Oft wird der Ausdruck Societät auch im materiellen Verstande von den Personen gebraucht, welche in

Der Zweck der Vereinigung kann von mancherley Art seyn; er kann unter andern auch auf das Vermögen Beziehung haben; und eine Societät dieser Art könnte man eine Societas bonorum nennen. Diese wenigen Bemerkungen genügen für meinen Zweck. — durften aber um des Folgenden willen nicht fehlen.

§. 4.

Nach Römischem Recht.

Im Römischen Recht wird kein Begriff der Societas gefunden; weder die Institutionen, noch die Pänderten geben einen solchen; vom Codex wird man dies ohnehin nicht erwarten, noch verlangen; — und vollends die Novellen, wie sollten die dazu kommen, sich bey Begriffen aufzuhalten, schwiegen sie nicht überhaupt gänzlich von der Societas?

Von einer Societas, die wir so eben eine Societas bonorum genannt haben, ist im Römischen Recht in den hieher gehörigen Titeln der Institutionen, Pandecten und des Codex nur überhaupt die

---

einer solchen Verbindung stehen, und ferner (im gemeinen Leben) von einer Vereinigung zu einem gemeinschaftlichen Zweck, ohne Verbindlichkeit. S. Hofbauers Naturrecht §. 345, und dazu die Anm. Man denke z. B. an Reise- oder Schmausegesellschaften, wenn man nicht etwa an Handels- oder Wallfahrtscarabanen u. s. w. denken will.

Rede; und wie ein Begriff der Societät namentlich auch in diesem Sinne vermißt wird, so werden statt dessen mehrere Arten der Societät aufgeführt.

Die Societät geht nämlich nach Ulpian entweder 1) auf das ganze Vermögen, oder 2) auf einzelne Sachen, oder 3) auf alles, was (durch Fleiß, Thätigkeit, Mühe, Anstrengung, nicht durch bloße glückliche Ereignisse) erworben werden wird, oder 4) auf ein einzelnes Gewerbe, worunter aber die Gesellschaft, deren Gegenstand die Pachtung der öffentlichen Abgaben ist, nicht begriffen zu seyn scheint, da sie noch besonders genannt wird. [13])

Also lehrt Ulpian:

L. 5. D. pro socio.

Societates contrahuntur sive universorum bonorum, sive negotiationis alicujus, sive vectigalis, sive etiam unius rei.

---

13) Eine solche Gesellschaft war den Römern besonders wichtig und daher ist häufig davon die Rede. — Die Römischen Ritter waren es, welche sich diesen Erwerbszweig ausschließlich zugeeignet hatten. Sie pachteten nämlich die öffentlichen Einkünfte einzeln oder in Gesellschaften und wenn auch nur einzelne dazu ihren Namen hergaben, so waren doch die meisten übrigen dabey interessirt, indem sie Gewinn und Verlust mit ihnen zu theilen sich vereinbart hatten. S. Garve zu seiner Uebersetzung Cicero's von den Pflichten. S. 226 in der Note.

Damit muß noch zusammen genommen werden, was derselbe Ulpian weiterhin lehrt:

L. 7. D. eod.

Coiri societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum, quae ex quaestu veniunt: hoc est, si quod lucrum ex emtione, venditione, locatione, conductione descendit.

Justinian nennt nur zwey Arten:

Pr. J. de societate.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Graeci specialiter *κοινωνιαν* (d. h. Gemeinschaft, communio) appellant, aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque aut olei aut vini aut frumenti emendi vendendique. [14])

Aber selbst die mehreren von Ulpian angeführten Arten erschöpfen die Gattung nicht; es kommen in den Pandecten manche andere Beyspiele ächter Societäten vor, die unter jenen nicht enthalten sind, von denen erst in der Folge die Rede seyn kann, obgleich sie genau genommen, hier schon folgen müßten. Ich werde sie indessen im Sinne haben, und nicht weniger Rücksicht nehmen

---

14) Den Sclavenhandel in Gesellschaft zu treiben, schenkt den Römern nicht ungewöhnlich gewesen zu seyn. S. davon auch L. 44. §. 1. D. de Aed. Edicto.

auf sie, wenn ich sie gleich noch nicht mitgetheilt habe.

§. 5.

Zweifel.

Nach Ulpian würde die Societät sich also beziehen entweder 1) auf das gesammte gegenwärtige und künftige Vermögen, welches gemeinschaftlich seyn soll — *societas omnium bonorum* — oder

2) auf einzelne Vermögensstücke, welche ebenfalls gemeinschaftlich seyn sollen — *societas unius rei*, oder

3) auf dasjenige, was in Zukunft durch Fleiß, Thätigkeit, Anstrengung erworben wird, was wiederum gemeinschaftlich seyn soll — *societas universorum, quae ex quaestu veniunt* — oder

4) auf ein Gewerbe, was mit vereinigten Kräften auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust betrieben werden soll — *societas negotiationis*, oder

5) auf eine Pachtung der öffentlichen Abgaben — *Societas vectigalium.*

Auf diese sämmtlichen Arten der Societät scheint der allgemeine Begriff dieses Vertrags, der oben gegeben und für den wahren zu halten ist, nicht zu passen, sondern nur auf die beyden letzten; ja es scheinen diese Geschäfte von so verschiedener Art zu seyn, daß sie gar nicht unter einen gemein-

schaftlichen Gattungsbegriff zu bringen, vielmehr weit von einander zu trennen sind.

Wenn gewisse Personen sich vereinigen, welche wollen, daß ihre Güter gegenwärtige oder künftige, alle oder einzelne, gemeinschaftlich seyn sollen, kann man von ihnen sagen, sie machen sich gegenseitig verbindlich, dazu beyzutragen, daß ein gemeinschaftlicher Zweck erreicht werde? Ja, fehlt nicht sogar dieser gemeinschaftliche Zweck auch? Denn will man sagen: der Zweck der Vereinigung sey die Gemeinschaft selbst — das wäre eben so viel, als wenn es hieße: die Güter sollen gemeinschaftlich seyn, damit sie gemeinschaftlich sind, welches ungereimt wäre.

Und dann, was haben Verträge, wodurch eine Gemeinschaft von Gütern errichtet wird, mit einem Vertrage gemein, wodurch Personen sich vereinigen, ein gewisses Gewerbe auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust zu betreiben? Ja selbst, was Verträge betrifft, die auf Gemeinschaft künftigen Erwerbs gerichtet sind, in welchen Punkten berühren sie sich mit Verträgen der zuletzt angeführten Art? Es ist doch ein großer Unterschied, ob mehrere einen Vertrag errrichten, was erworben wird, solle gemeinschaftlich seyn, oder ob sie sich gegenseitig verbindlich machen, dazu beyzutragen, damit etwas gemeinschaftlich erworben werde.

§. 6.

Beruhigung.

Die Römischen Rechtsgelehrten scheinen ihre Ideen hier nicht bis zur Deutlichkeit entwickelt zu haben; daher vielleicht der Mangel einer Definition, woran es doch sonst nicht zu fehlen pflegt. Es scheint vielmehr, daß sie über das Wesen der Societas nur von dunkeln Vorstellungen geleitet wurden, daß sie nämlich von der Idee eines durch Vertrag herbeygeführten gemeinsamen Schicksals, eines *consortii voluntarii*, wie es gelegentlich Papinian nennt [15]), ausgingen. Doch sage ich nicht, daß dunkle Vorstellungen sie irre geleitet hätten.

Es ist möglich, die sämmtlichen Arten der Societät mit jenem allgemeinen Begriff der Societas zu vereinigen, und ein Band aufzufinden, was sie alle zusammenhält.

Vereinbaren sich zwey, daß alles Vermögen oder gewisse Güter gemeinschaftlich seyn sollen, so werden sie es durch den bloßen Vertrag nicht, als welcher nur ein Consensualcontract ist; sie müssen tradirt werden. Bey der allgemeinen Gütergemeinschaft sind die gegenwärtigen es schon [16]) wegen der Tradition, die hier als geschehen ange-

---

15) L. 52. §. 8. D. pro socio.
16) L. 1. § 1. D. ht.

nommen wird, [17]) die übrigen müssen conferirt werden [18]), und daſſelbe gilt von der particulären Societät; [19]) imgleichen von der Societas universorum, quae ex quaestu veniunt. [20]) Indem die Contrahenten alſo jene Vereinbarung treffen, haben ſie *eo ipso* ſich zur Collation verbindlich gemacht. Ferner iſt es ein bekannter Grundſatz des Römiſchen Rechts: Donationis causa societas recte non contrahitur. [21]) Jeder muß Sachen oder Arbeit oder beydes für den gemeinſchaftlichen Zweck beytragen [22]). Das heißt im höhern Styl, ſie müſſen ihre Kräfte vereinigen. Freilich bezieht ſich dies hauptſächlich wohl nur auf die Societas negotiatoria [23]). Indeſſen läßt es ſich doch auch auf die Societät überhaupt anwenden.

---

17) L. 2. D. eod.

18) L. 52. §. 16. et 17. L. 53. L. 54. L. 55. L. 73. pr. D. eod.

19) obgleich Franzke (Com. in π. ht. No. 41.), den Glück (Com. über die π. Thl. 15. S. 390.) widerlegt, das Gegentheil behauptet.

20) L. 45. §. 2. D. de adq. v. omitt. hered. L. 52. §. 8. L. 71. §. 1. D. pro socio.

21) L. 5. §. 2. D. pro socio.

22) §. 2. J. de soc. L. 1. C. eod.

23) In Beziehung auf dieſe ſagt Ulpian zierlich oder vielmehr zu geziert: Der Werth der Arbeit iſt der Schleier, womit die Kunſt den Mangel des Geldes bedeckt. Pretium operae artis est velamentum. L. 52. §. 2. D. pro socio.

Dann ist es auch nicht länger ungereimt, den Zweck der Vereinigung in die Gemeinschaft zu setzen. In der That ist der Zweck der Vereinigung und zwar bey den drey ersten von Ulpian genannten Arten des Objects. Die Contrahenten machen sich verbindlich, sich das Eigenthum gewisser Güter mitzutheilen, nämlich gegenwärtiger oder künftiger, worunter, was künftig erworben wird (societas eorum, quae ex quaestu veniunt) mit begriffen ist, oder m. a. W. sie wollen zusammen wirken, daß eine Gemeinschaft entstehe.

Was nun aber die beyden andern Arten der Societät betrifft, so sind sie von den vorigen immer verschieden und selbst von derjenigen, welche auf Mittheilung künftigen Erwerbs gerichtet ist. Bey der Societas negotiatoria ist zunächst nicht die Rede davon, daß ein gewisses Object gemeinschaftlich seyn soll, sondern das gemeinschaftlich gewirkt werden soll. Vorher beschränkte sich der Zweck auf Gemeinschaft des Objects, hier ist er zunächst auf gemeinschaftliche Anstrengung (durch Einschlüsse von Sachen oder Arbeit) vereinigter Kräfte gerichtet, und Gemeinschaft des Objects (nämlich des Erwerbs) liegt mehr nur im Hintergrunde. Freilich treffen sie am Ende in der Gemeinschaft des Objects zusammen.

Diese Gemeinschaft des Objects, im Vertrage beabsichtigt, scheint also das characteristische Merkmal einer Societas zu seyn. Allein wenn es auch gewöhnlich zutrifft, für alle Fälle reicht es nicht

aus. Es kommen Fälle vor, wo Societas anerkannt wird, und doch von einer Gemeinschaft des Objects die Rede nicht ist; man müßte es denn eine Gemeinschaft des Objects nennen, wenn eine Gemeinschaft von Ausgaben beabsichtigt wird. Nämlich auch eine Gemeinschaft von Ausgaben kann es seyn, was bey der Societas beabsichtigt wird; wenigstens werden wir von einer Societas, in den Pandecten erwähnt, weiterhin hören, welche auf Gemeinschaft von Einnahmen und Ausgaben gerichtet ist. Ferner, kann man es dort, wo zugleich Gemeinschaft des Erwerbs beabsichtigt wird, Gemeinschaft des Objects nennen, wenn zugleich beabsichtigt wird, daß auch der Verlust gemeinschaftlich sey?

Will man nun die einzelnen Arten der Societät unter gewisse Classen bringen, so kann man zwar sagen: Es soll gemeinschaftlich seyn entweder;

1) das gesammte Vermögen (societas omnium bonorum, societas universalis) oder
2) einzelne Vermögensstücke (societas particularis) oder
3) der Erwerb (quaestus, daher societas quaestuaria) [24]) nämlich

---

24) Einige, wie Glück und Thibaut, verstehen unter diesem Ausdruck jede Societas, welche, wie Thibaut sich ausdrückt, zu eigennützigen Zwecken eingegangen ist, also etwa, was oben im Text societas bonorum

a) entweder alles, was erworben wird (societas generalis), oder

b) was durch ein gewisses Gewerbe erworben wird (societas specialis).

Nur ist diese Classification, welche die Idee erweckt oder vielmehr nur die Idee zuläßt, daß es bey jeder Societas auf Gemeinschaft des Objects abgesehen sey, nicht umfassend genug, und dann müßte doch, was die letzte oder dritte Classe und deren beyden Unterabtheilungen betrifft, bemerkt werden, daß es ein Unterschied sey, ob bloß gemeinschaftlich seyn soll, was erworben wird, oder ob ein gewisses Gewerbe gemeinschaftlich betrieben werden soll, damit etwas erworben werde. In jenem Fall ist gar nicht die Rede davon, wenigstens nicht nothwendig, daß zwey sich vereinigt bemühen wollen, etwas zu erwerben, sondern es soll nur gemeinschaftlich seyn, was sie etwa erwerben. Ferner wird auch durch diese Classification ausgeschlossen, was ohne Fleiß und Thätigkeit erworben wird, was doch auch Gegenstand der Societas seyn kann, und worauf der Ausdruck Societas quaestuaria nicht paßt.

---

genannt ist. Ich kann diese Neuerung in der Terminologie nicht billigen, da sie nur zu Verwirrungen Anlaß gibt.

§. 7.

Von der *Communio lucri et damni*, ob sie in den Begriff aufzunehmen.

Die Societas negotiatoria ist ohne Zweifel eine wahre Societät, da hier vereinigte Kräfte zu einem gemeinschaftlichen Zweck zusammen wirken sollen und dies ausdrücklich verabredet wird.

Auf diese Art der Societas paßt dann allenfalls der Begriff, den, wie wir hörten, einige Rechtslehrer von der Gattung geben, sie sey ein Vertrag über die Vereinigung von Sachen oder Arbeit zum Zweck eines in Gemeinschaft zu machenden Gewinns.

Die Societas überhaupt kann nimmer mehr also definirt werden, denn was z. B. die Gemeinschaft der Güter (societas universalis und particularis) betrifft, mit welchem Recht kann man sagen, daß die Contrahenten bey einem solchen Vertrage einen Gewinn; also Vermehrung des Vermögens, beabsichtigen? Ist das Vermögen beyder gleich, so gewinnt vor der Hand keiner, und ist es ungleich — denn es braucht nicht gleich zu seyn [25]) — so muß nothwendig der Eine verlieren. Es kann daher gar wohl seyn, daß der Eine die Absicht hat, sein Vermögen zu verringern, nämlich dem andern ein Beneficium zu erweisen, indem er sich mit dem andern vereinbart: Alles

---

25) L. 5. §. 1. D. pro socio.

Vermögen sey gemeinschaft unter uns. Deshalb ist es freilich keine Schenkung, sondern da beyde beytragen, vielmehr ein Tausch, aber ein solcher, wobey entweder keiner gewinnt oder verliert — oder nur Einer von ihnen.

Aber selbst bey der Societas negotiatoria ist jene Erklärung der Sache nicht angemessen. Besser wird sie definirt: sie sey eine Vereinigung, wodurch mehrere sich verbinden, auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust Handel zu treiben. Es mag immerhin wahr seyn, daß die Contrahenten als letztes Ziel Vermehrung des Vermögens vor Augen haben, in den Begriff braucht dies nicht aufgenommen zu werden, ja es ist schädlich, dies zu thun. Damit man mich nicht mißverstehe, will ich mich noch deutlicher erklären. Es ist doch ein Unterschied, ob man sagt, zwey vereinigen sich, um zu gewinnen, oder ob man sagt, zwey verbinden sich, auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust Handel zu treiben. Im erstern Fall wird der Gewinn als der Zweck angegeben, was ganz unbedeutend ist; im zweyten Fall wird vom Gewinn ausgesagt, daß er nebst dem Verlust gemeinschaftlich seyn soll, was characteristisch ist. Also nicht Gewinn, sondern Gemeinschaft des Gewinns ist der Zweck dieser Verbindung. (Dieser selbe Zweck ist dann auch bey solchen Societäten, die der Societas negotiatoria an die Seite zu setzen sind, so wie bey der Societas eorum, quae ex quaestu veniunt vor-

ken, daß nur Schade gelitten wird, für welchen möglichen Fall jener Vertrag dann nur von Nutzen seyn könnte. Doch, daß ich nicht zu viel sage, noch ein zweyter Fall läßt sich denken, in welchem eine solche Verabredung als nützlich sich bewähren würde, nämlich wenn der Schade den Gewinn übersteigt. Einseitige Theilnahme am Schaden, oder vielmehr einseitiges Tragen desselben würde nur im ersten Fall seyn.

Man könnte daher wohl sagen: überall, wo communio lucri et damni ist, sey societas, und jene ein sicheres Kennzeichen von dieser; aber nicht überall, wo communio lucri et damni mangelt, sey Societät abzuläugnen. Ja um so weniger kann aus dem Mangel der *communio lucri et damni* mit Sicherheit auf Mangel des Gesellschaftsvertrags geschlossen werden, da es Societäten geben kann, wobey von einem Schadenleiden nicht füglich die Rede seyn kann. Z. B. wenn zwey sich vereinbaren, in Sprachen Unterricht zu ertheilen, und was sie erwerben, soll gemeinschaftlich seyn, was kann dabey für ein Schade gelitten werden? Ueberhaupt kann von einem Schaden-

---

Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod et ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. *Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod super est, intelligatur lucro esse.*

leiden nur da eigentlich die Rede seyn, wo von einem Lucro die Rede seyn kann, welches auch nicht immer der Fall ist. Beyde sind Gegensätze.

§. 9.

Von einigen besondern Arten der Societas.

Societas ad emendum — ad conducendum — ad vendendum — societas de communicanda hereditate — de communicandis acceptis et impensis — de aedificando pariete ad sustinenda onera utriusque vicini [29]) *etc.*

Societas negotiationis ist, wie wir hörten, eine Gesellschaft, die auf ein gemeinschaftlich zu betreibendes Gewerbe, namentlich auf einen Handel gerichtet ist. Mit ihr ist der Ausdruck Societas quaestuaria keineswegs als gleichbedeutend zu betrachten, obgleich dies gewöhnlich, z. B. von Höpfner [30]), geschieht, da erstere vielmehr nur als eine Art der letztern anzusehen ist.

Von der societas negotiationis ist dann noch zu unterscheiden die *Societas ad emendum*, welche bloß auf den Ankauf einer gewissen Sache, nicht aber auf gemeinschaftliches Gewerbe

---

29) Ich erlaube mir, diese Kunstnamen zu bilden, und stelle jedem frey, bessere an deren Stelle zu setzen.

30) Com. über die Instit. §. 905.

und Handelsverkehr gerichtet ist. Von ihr ist sehr häufig die Rede. [31])

Die Societas ad emendum ist eine ächte Societät. Es ist hier wechselseitiges Versprechen, zu einem gemeinschaftlichen Zweck beytragen zu wollen, und gemeinschaftlicher Zweck selbst vorhanden. Oft wird dabey ein Lucrum beabsichtigt werden, doch ist dies nicht nothwendig. Ein Beyspiel von

---

31) Ulpian spricht davon *L.* 52. §. 11. *D. ht.* Si qui *societatem ad emendum* coierint etc. Imgleichen *L.* 58. §. 1. *D. eod.* Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus *ad mercem emendam* etc. Ferner Paulus *L.* 65. §. 2. *D. eod.* Si in rem certam *emendam* conducendamve coita sit societas, tunc etiam post alicujus mortem quidquid lucri detrimentive factum sit, commune esse Labeo ait. §. 4. Item si societatem ineamus *ad aliquam rem emendam* etc. Ferner wiederum Ulpian *L.* 69. *D. eod.* Cum *societas ad emendum* coiretur etc. Besonders gehört hieher: *L.* 52. *pr. D. ht. Ulpianus.* Cum duobus vicinis fundus (conjunctus) venalis esset, alter ex his petit ab altero, ut eum fundum emeret, ita ut ea pars, quae suo fundo juncta esset, sibi cederetur: mox ipse eum fundum ignorante vicino emit. Quaeritur an aliquam actionem vicinus cum eo habeat? Julianus scripsit, implicitam esse facti quaestionem; nam si hoc solum actum est, ut fundum Lucii Titii vicinus emeret, et mecum communicaret, adversus me, qui emi, nullam vicino competere actionem; si vero id actum est, ut quasi commune negotium gereretur, societatis judicio tenebor, ut tibi deducta parte, quam mandaveram, reliquas partes praestem.

ein Paar Personen, die gemeinschaftlich eine Area kauften, damit ihnen nicht das Licht verbaut werde, in welchem Fall Societas anerkannt wird, kommt in den Pandecten [32]) vor.

Ferner gibt es eine Societas *ad conducendum*; die Societas vectigalis ist nur eine Art davon. Von ihr gilt, was von der Societas ad emendum gesagt ist. Was in Ansehung beyder zur nähern Bestimmung hinzuzusetzen, wird im folgenden Paragraphen gelehrt.

Wie es eine Societas ad emendum gibt, und eine ad conducendum, so kann es auch eine *ad vendendum* geben, d. h. eine, die sich darauf beschränkt, eine gewisse Sache zu verkaufen.

L. 58. pr. D. ht. Ulpianus.

Si id, quod quis in societatem contulit, extinctum sit, videndum, an pro socio agere possit? Tractatum ita est apud Celsum Lib. 7. Digestorum, ad epistolam Cornelii Felicis: Cum tres equos haberes, et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo, quadrigam venderes, et ex pretio quartam mihi redderes: si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi, non enim habendae quadrigae sed vendendae coitam societatem: —

32) L. 52. §. 13. D. ht.

Hier wurden also von beyden Seiten Sachen, nämlich Pferde zusammengebracht, damit sie zu einem Viergespann vereinigt verkauft würden. Starb der Beytrag des einen vor dem Verkauf, so mußte die eingegangene Societas nothwendig aufhören und er hatte an den Pferden des andern keinen Theil, weil es nicht auf Errichtung einer Gemeinschaft, eines Miteigenthums (im ächten Sinne des Worts), sondern auf den bloßen Verkauf abgesehen gewesen war.

Anders würde es gewesen seyn, wenn beyde sich verbindlich gemacht hätten, der eine z. B. drey Pferde, der andere ein Pferd beyzutragen, damit ein Viergespann entstehe, was gemeinschaftlich würde, woran nämlich beyden ideelle Antheile zustehen sollten (dem einen drey Viertheile, dem andern ein Viertheil.). Hier wäre dann Vereinigung zu gemeinschaftlichem Zweck, wie in dem vorigen Fall, aber dieser gemeinschaftliche Zweck hier Miteigenthum, also Gemeinschaft des zusammengebrachten Objects, wie nicht in dem vorigen Fall. In dem vorigen Fall war der Zweck Gemeinschaft dessen, was aus dem Verkauf zu lösen, also des Kaufpreises. Es heißt daher weiter:

— caeterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret *eaque communicaretur* tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, *non dubie adhuc socii sumus.*

Wir haben hier also wiederum ein Beyspiel

einer wahren Societas, wobey es nicht grade auf ein gemeinschaftliches Lucrum abgesehen ist.

Ueberhaupt können die einzelnen Arten der Societas sehr mannichfaltig seyn, und wo nur eine durch Vertrag errichtete Gemeinschaft vorhanden ist, würden wir genöthigt seyn, eine Societas als eingegangen anzuerkennen. Dabey würde es dann auf die besondere Natur eines jeden solchen zur Societas überhaupt gehörigen Vertrags und auf den Willen der Contrahenten, wie er sich jedesmal offenbart, immer hauptsächlich ankommen.

So kann verabredet seyn, nicht etwa, was durch Fleiß, Thätigkeit u. s. w. erworben wird (quaestus), denn davon war schon die Rede, sondern was durch Glücksereignisse dem einen oder andern zu Theil werden wird, solle als Gemeingut beyden anheimfallen, z. B. eine Erbschaft, die dem einen oder andern zufallen wird, will er mit dem Genossen theilen.

L. 3. §. 2. D. ht. Paulus.

De illo quaeritur, si ita societas *ut si qua justa hereditas alterutri obvenerit, communis sit*: quae justa hereditas? utrum quae jure legitimo obvenerit, an etiam ea, quae testamento? Et probabilius est, ad legitimam hereditatem hoc tantum pertinere. [33])

---

33) An und für sich begreift eine solche Verabredung Erbschaften aller Art, sie mögen durchs Gesetz oder durch

Wie also künftige Erbschaften Gegenstand der Societät oder das Object, was beyden gemein seyn soll, seyn können, leidet es vollends keinen Zweifel, daß auch gegenwärtige es seyn können. Es versteht sich von selbst, daß zwey sich dahin vereinbaren können, eine Erbschaft, die der eine erworben hat, solle beyden gemeinschaftlich seyn.

Ulpian führt ein Beyspiel von ein Paar Personen an, welche sich vereinbarten, alle Einnahme und Ausgabe solle gemeinschaftlich seyn unter ihnen. Man bezieht diese Stelle auf die Gütergemeinschaft; mir aber scheint es, hier sey von einem Vertrage die Rede, welcher von der Gütergemeinschaft, der allgemeinen, noch zu unterscheiden.

Ulpian lehrt: *L. 73. D. ht.*

Idem Maximinae respondit, si societatem universarum fortunarum *ita* coierint, *ut quidquid erogaretur, vel quaereretur communis lucri atque impendii esset*, ea quoque, quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrinque imputanda.

Wenigsten läßt es sich denken, daß ein solcher Vertrag selbstständig eingegangen wird, so daß er

---

Testament Jemandem zufallen, nur, wenn der Ausdruck: *justa hereditas* gebraucht worden, ist dieser Ausdruck, nach Paulus, mit *legitima* gleichbedeutend zu nehmen und der Vertrag auf gesetzliche Erbschaften zu beschränken.

nicht bloß Theil und Folge der Gütergemeinschaft ist, sollte er auch hier als solcher vorkommen. [34])

Eine wahre Societät ist es auch, ohne daß doch ein Lucrum beabsichtigt wird, wenn zwey Nachbarn sich vereinigen, jeder einen Raum beyzutragen, um auf gemeinschaftliche Kosten eine Mauer darüber aufzuführen, welche die Lasten beyder Gebäude tragen, ihnen also beyden zum Vortheil dienen soll. Dies Beyspiel kommt gleichfalls in den Pandecten vor.

L. 52. §. 13. *D. ht.*

Item Mila scribit, si vicini semipedes inter se contulerunt, ut ibi cratitium parie-

34) Ja, wenn er auch hier als zur Gütergemeinschaft gehörig vorkommen sollte, ist es doch die Frage, ob er in diesem Umfange an und für sich dazu gehöre. Ulpian spricht doch nur allenfalls von demjenigen, was bey der allgemeinen Gütergemeinschaft nebenher besonders verabredet worden, und daraus ließe sich dann, wenn auch nicht mit völliger Sicherheit schließen, daß es auch besonders verabredet werden müsse. Daher scheint der Satz, den Glück (Com. über die π. Thl. 15.) aus dieser Stelle ableitet, wenn der eine Genosse Kinder hat, der andere deren keine, müsse jener dazu beytragen, die Tochter des letztern auszustatten, ein Satz, dem L. 81. D. eod. nicht entgegen stehen soll, weil darin von keiner universellen, nur von einer particulären Societät die Rede sey, so ausgemacht ganz und gar nicht zu seyn; wenigstens läßt er sich auf keinen Fall durch die im Text angeführte Stelle Ulpians erweisen. Bezieht sie sich nicht auf die allgemeine Gütergemeinschaft, so gehört sie gar nicht hieher; bezieht sie sich aber darauf, dann beweiset sie eher das Gegentheil.

tem (eine Mauer von Fachwerk) inter se aedificarent, ad onera utriusque sustinenda, deinde aedificato pariete alter in eum immitti non patiatur: pro socio agendum.

Hier wird wiederum Gemeinschaft des Objects beabsichtigt, nämlich die Interessenten wollen sich das Eigenthum der zusammengebrachten Räume mittheilen, und eine gemeinschaftliche Mauer darüber haben.

§. 10.

Ein Problem, und dessen Auflösung.

Cajus lehrt:

L. 2. pr. D. Com. div.

Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est communi dividundo judicio. Cum societate res communis est, velutî inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est, veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est.

Eben so heißt es:

L. 2. C. pro socio.

Cum proponas, te praedium, conjuncto dominio cum patrono tuo comparasse, in possessionemque tam te quam ipsum inductum, juris ratio efficit, ut dominium

fundi ad utrumque pertineat. Sane quia pretium a te solo numeratum et solennibus pensitationibus cessante socio satisfactum esse dicis, judicio societatis id quod eo nomine praestari oportuerit, consequeris.

Dagegen lehrt Ulpian:

L. 31. *D. ht.*

Ut sit pro socio actio societatem intercedere oportet [35]): nec enim sufficit, rem esse communem, nisi societas intercedit. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem: utputa cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul emta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut

---

35) Das sollte man freilich allerdings glauben; indessen scheint es doch, daß an einigen Stellen actio pro socio wegen persönlicher Leistungen zugelassen wird, wo bloß Gemeinschaft ohne Gesellschaft ist. *L.* 52. §. 12. *D. ht.* Item si in communem rivum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad reciperandum sumtum, Cassius scripsit. Freilich muß man nun wol um den vernünftigen Satz des Ulpian: wo keine Societät ist, findet auch keine actio pro socio Statt, — aufrecht zu erhalten, eine Societät hinzudenken, wenn auch die Verfasser selbst nicht daran gedacht haben sollten.

schaftlichen Gattungsbegriff zu bringen, vielmehr weit von einander zu trennen sind.

Wenn gewisse Personen sich vereinigen, welche wollen, daß ihre Güter gegenwärtige oder künftige, alle oder einzelne, gemeinschaftlich seyn sollen, kann man von ihnen sagen, sie machen sich gegenseitig verbindlich, dazu beyzutragen, daß ein gemeinschaftlicher Zweck erreicht werde? Ja, fehlt nicht sogar dieser gemeinschaftliche Zweck auch? Denn will man sagen: der Zweck der Vereinigung sey die Gemeinschaft selbst — das wäre eben so viel, als wenn es hieße: die Güter sollen gemeinschaftlich seyn, damit sie gemeinschaftlich sind, welches ungereimt wäre.

Und dann, was haben Verträge, wodurch eine Gemeinschaft von Gütern errichtet wird, mit einem Vertrage gemein, wodurch Personen sich vereinigen, ein gewisses Gewerbe auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust zu betreiben? Ja selbst, was Verträge betrifft, die auf Gemeinschaft künftigen Erwerbs gerichtet sind, in welchen Punkten berühren sie sich mit Verträgen der zuletzt angeführten Art? Es ist doch ein großer Unterschied, ob mehrere einen Vertrag errrichten, was erworben wird, solle gemeinschaftlich seyn, oder ob sie sich gegenseitig verbindlich machen, dazu beyzutragen, damit etwas gemeinschaftlich erworben werde.

§. 6.

Beruhigung.

Die Römischen Rechtsgelehrten scheinen ihre Ideen hier nicht bis zur Deutlichkeit entwickelt zu haben; daher vielleicht der Mangel einer Definition, woran es doch sonst nicht zu fehlen pflegt. Es scheint vielmehr, daß sie über das Wesen der Societas nur von dunkeln Vorstellungen geleitet wurden, daß sie nämlich von der Idee eines durch Vertrag herbeygeführten gemeinsamen Schicksals, eines *consortii voluntarii*, wie es gelegentlich Papinian nennt [15]), ausgingen. Doch sage ich nicht, daß dunkle Vorstellungen sie irre geleitet hätten.

Es ist möglich, die sämmtlichen Arten der Societät mit jenem allgemeinen Begriff der Societas zu vereinigen, und ein Band aufzufinden, was sie alle zusammenhält.

Vereinbaren sich zwey, daß alles Vermögen oder gewisse Güter gemeinschaftlich seyn sollen, so werden sie es durch den bloßen Vertrag nicht, als welcher nur ein Consensualcontract ist; sie müssen tradirt werden. Bey der allgemeinen Gütergemeinschaft sind die gegenwärtigen es schon [16]) wegen der Tradition, die hier als geschehen ange-

---

15) L. 52. §. 8. D. pro socio.
16) L. 1. § 1. D. ht.

nommen wird, [17]) die übrigen müssen conferirt werden [18]), und dasselbe gilt von der particulären Societät; [19]) imgleichen von der Societas universorum, quae ex quaestu veniunt. [20]) Indem die Contrahenten also jene Vereinbarung treffen, haben sie *eo ipso* sich zur Collation verbindlich gemacht. Ferner ist es ein bekannter Grundsatz des Römischen Rechts: Donationis causa societas recte non contrahitur. [21]) Jeder muß Sachen oder Arbeit oder beydes für den gemeinschaftlichen Zweck beytragen [22]). Das heißt im höhern Styl, sie müssen ihre Kräfte vereinigen. Freilich bezieht sich dies hauptsächlich wohl nur auf die Societas negotiatoria [23]). Indessen läßt es sich doch auch auf die Societät überhaupt anwenden.

---

17) L. 2. D. eod.

18) L. 52. §. 16. et 17. L. 53. L. 54. L. 55. L. 73. pr. D. eod.

19) obgleich Franzke (Com. in π. ht. No. 41.), den Glück (Com. über die π. Thl. 15. S. 390.) widerlegt, das Gegentheil behauptet.

20) L. 45. §. 2. D. de adq. v. omitt. hered. L. 52. §. 8. L. 71. §. 1. D. pro socio.

21) L. 5. §. 2. D. pro socio.

22) §. 2. J. de soc. L. 1. C. eod.

23) In Beziehung auf diese sagt Ulpian zierlich oder vielmehr zu geziert: Der Werth der Arbeit ist der Schleier, womit die Kunst den Mangel des Geldes bedeckt. Pretium operae artis est velamentum. L. 52. §. 2. D. pro socio.

Dann ist es auch nicht länger ungereimt, den Zweck der Vereinigung in die Gemeinschaft zu setzen. In der That ist der Zweck der Vereinigung und zwar bey den drey ersten von Ulpian genannten Arten des Objects. Die Contrahenten machen sich verbindlich, sich das Eigenthum gewisser Güter mitzutheilen, nämlich gegenwärtiger oder künftiger, worunter, was künftig erworben wird (societas eorum, quae ex quaestu veniunt) mit begriffen ist, oder m. a. W. sie wollen zusammen wirken, daß eine Gemeinschaft entstehe.

Was nun aber die beyden andern Arten der Societät betrifft, so sind sie von den vorigen immer verschieden und selbst von derjenigen, welche auf Mittheilung künftigen Erwerbs gerichtet ist. Bey der Societas negotiatoria ist zunächst nicht die Rede davon, daß ein gewisses Object gemeinschaftlich seyn soll, sondern das gemeinschaftlich gewirkt werden soll. Vorher beschränkte sich der Zweck auf Gemeinschaft des Objects, hier ist er zunächst auf gemeinschaftliche Anstrengung (durch Einschlüsse von Sachen oder Arbeit) vereinigter Kräfte gerichtet, und Gemeinschaft des Objects (nämlich des Erwerbs) liegt mehr nur im Hintergrunde. Freilich treffen sie am Ende in der Gemeinschaft des Objects zusammen.

Diese Gemeinschaft des Objects, im Vertrage beabsichtigt, scheint also das characteristische Merkmal einer Societas zu seyn. Allein wenn es auch gewöhnlich zutrifft, für alle Fälle reicht es nicht

aus. Es kommen Fälle vor, wo Societas anerkannt wird, und doch von einer Gemeinschaft des Objects die Rede nicht ist; man müßte es denn eine Gemeinschaft des Objects nennen, wenn eine Gemeinschaft von Ausgaben beabsichtigt wird. Nämlich auch eine Gemeinschaft von Ausgaben kann es seyn, was bey der Societas beabsichtigt wird; wenigstens werden wir von einer Societas, in den Pandecten erwähnt, weiterhin hören, welche auf Gemeinschaft von Einnahmen und Ausgaben gerichtet ist. Ferner, kann man es dort, wo zugleich Gemeinschaft des Erwerbs beabsichtigt wird, Gemeinschaft des Objects nennen, wenn zugleich beabsichtigt wird, daß auch der Verlust gemeinschaftlich sey?

Will man nun die einzelnen Arten der Societät unter gewisse Classen bringen, so kann man zwar sagen: Es soll gemeinschaftlich seyn entweder:

1) das gesammte Vermögen (societas omnium bonorum, societas universalis) oder
2) einzelne Vermögensstücke (societas particularis) oder
3) der Erwerb (quaestus, daher societas quaestuaria) [24]) nämlich

---

24) Einige, wie Glück und Thibaut, verstehen unter diesem Ausdruck jede Societas, welche, wie Thibaut sich ausdrückt, zu eigennützigen Zwecken eingegangen ist, also etwa, was oben im Text societas bonorum

a) entweder alles, was erworben wird (societas generalis), oder

b) was durch ein gewisses Gewerbe erworben wird (societas specialis).

Nur ist diese Classification, welche die Idee erweckt oder vielmehr nur die Idee zuläßt, daß es bey jeder Societas auf Gemeinschaft des Objects abgesehen sey, nicht umfassend genug, und dann müßte doch, was die letzte oder dritte Classe und deren beyden Unterabtheilungen betrifft, bemerkt werden, daß es ein Unterschied sey, ob bloß gemeinschaftlich seyn soll, was erworben wird, oder ob ein gewisses Gewerbe gemeinschaftlich betrieben werden soll, damit etwas erworben werde. In jenem Fall ist gar nicht die Rede davon, wenigstens nicht nothwendig, daß zwey sich vereinigt bemühen wollen, etwas zu erwerben, sondern es soll nur gemeinschaftlich seyn, was sie etwa erwerben. Ferner wird auch durch diese Classification ausgeschlossen, was ohne Fleiß und Thätigkeit erworben wird, was doch auch Gegenstand der Societas seyn kann, und worauf der Ausdruck Societas quaestuaria nicht paßt.

---

genannt ist. Ich kann diese Neuerung in der Terminologie nicht billigen, da sie nur zu Verwirrungen Anlaß gibt.

§. 7.

Von der *Communio lucri et damni*, ob sie in den Begriff aufzunehmen.

Die Societas negotiatoria ist ohne Zweifel eine wahre Societät, da hier vereinigte Kräfte zu einem gemeinschaftlichen Zweck zusammen wirken sollen und dies ausdrücklich verabredet wird.

Auf diese Art der Societas paßt dann allenfalls der Begriff, den, wie wir hörten, einige Rechtslehrer von der Gattung geben, sie sey ein Vertrag über die Vereinigung von Sachen oder Arbeit zum Zweck eines in Gemeinschaft zu machenden Gewinns.

Die Societas überhaupt kann nimmer mehr also definirt werden, denn was z. B. die Gemeinschaft der Güter (societas universalis und particularis) betrifft, mit welchem Recht kann man sagen, daß die Contrahenten bey einem solchen Vertrage einen Gewinn; also Vermehrung des Vermögens, beabsichtigen? Ist das Vermögen beyder gleich, so gewinnt vor der Hand keiner, und ist es ungleich — denn es braucht nicht gleich zu seyn [25]) — so muß nothwendig der Eine verlieren. Es kann daher gar wohl seyn, daß der Eine die Absicht hat, sein Vermögen zu verringern, nämlich dem andern ein Beneficium zu erweisen, indem er sich mit dem andern vereinbart: Alles

---

25) L. 5. §. 1. D. pro socio.

Vermögen sey gemeinschaft unter uns. Deshalb ist es freilich keine Schenkung, sondern da beyde beytragen, vielmehr ein Tausch, aber ein solcher, wobey entweder keiner gewinnt oder verliert — oder nur Einer von ihnen.

Aber selbst bey der Societas negotiatoria ist jene Erklärung der Sache nicht angemessen. Besser wird sie definirt: sie sey eine Vereinigung, wodurch mehrere sich verbinden, auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust Handel zu treiben. Es mag immerhin wahr seyn, daß die Contrahenten als letztes Ziel Vermehrung des Vermögens vor Augen haben, in den Begriff braucht dies nicht aufgenommen zu werden, ja es ist schädlich, dies zu thun. Damit man mich nicht mißverstehe, will ich mich noch deutlicher erklären. Es ist doch ein Unterschied, ob man sagt, zwey vereinigen sich, um zu gewinnen, oder ob man sagt, zwey verbinden sich, auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust Handel zu treiben. Im erstern Fall wird der Gewinn als der Zweck angegeben, was ganz unbedeutend ist; im zweyten Fall wird vom Gewinn ausgesagt, daß er nebst dem Verlust gemeinschaftlich seyn soll, was characteristisch ist. Also nicht Gewinn, sondern Gemeinschaft des Gewinns ist der Zweck dieser Verbindung. (Dieser selbe Zweck ist dann auch bey solchen Societäten, die der Societas negotiatoria an die Seite zu setzen sind, so wie bey der Societas eorum, quae ex quaestu veniunt vor-

handen.) Jene aber sehen bey ihrer Definition den Gewinn als die Hauptsache an, namentlich Gerdes, welcher der Gemeinschaft nicht einmal in den Worten gedenkt. Allenfalls kann man die Societas negotiatoria also definiren: es sey ein Vertrag, welcher darauf gerichtet ist, zunächst mit vereinigten Kräften zu erwerben und dann, was hier die Hauptsache ist, daß das Erworbene gemeinschaftlich sey.

§. 8.

Fortsetzung.

Genossen sind Schicksalsgefährten; Gewinn trifft sie, wie Verlust gemeinschaftlich. [26]) Doch bedarf der Satz, der Schade sey gleich dem Gewinn gemeinschaftlich, einiger Einschränkung.

Zuvörderst kommt es aber gar nicht in Betrachtung, was Vinnius und Gerdes einwenden, der Schade werde nicht beabsichtigt, und deshalb sey er in den Begriff nicht aufzunehmen. Freilich wird der Schade nicht beabsichtigt, aber es wird doch beabsichtigt, daß, wenn ein Schade sich ereignet, dieser gemeinschaftlich seyn soll. Der Einwurf jener rührt daher, daß sie hier immer den Gewinn (und Schaden) als

---

26) L. 52. §. 4. D. ht. *L.* 67. *pr. D. eod.* — quoniam societas quum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur.

beabsichtigt vor Augen haben, da sie doch an die beabsichtigte Gemeinschaft denken sollten.

Allein die Gemeinschaft des Schadens, obwohl sie zur rechtlichen Natur des Geschäfts gehört, ist nicht schlechterdings nothwendig. Es können Genossen sich in der Art vereinbaren, daß der Gewinn zwar gemeinschaftlich seyn, den Schaden der eine aber allein tragen solle — und es ist dennoch Societas. [27])

Zwar auch in diesem Fall, ungeachtet dieser Vereinbarung, findet die Regel: der Schade trifft die Genossen gemeinschaftlich, dennoch Anwendung. Denn, wenn bey einem Geschäft Gewinn, beym andern Schade gelitten ward, wird Schade vom Gewinn gekürzt und nur, was übrig bleibt, kömmt als reiner Gewinn zur Theilung, nach der Regel: Lucrum non intelligitur, nisi omni damno deducto (neque damnum, nisi omni lucro deducto) [28]), indessen läßt es sich den-

---

27) §. 2. de societ.

28) *L.* 30. *D. ht.* Mucius scribit, non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut ejus lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur, et ejus damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. §. 2. *l. eod.* — — Et adeo contra

ken, daß nur Schade gelitten wird, für welchen möglichen Fall jener Vertrag dann nur von Nutzen seyn könnte. Doch, daß ich nicht zu viel sage, noch ein zweyter Fall läßt sich denken, in welchem eine solche Verabredung als nützlich sich bewähren würde, nämlich wenn der Schade den Gewinn übersteigt. Einseitige Theilnahme am Schaden, oder vielmehr einseitiges Tragen desselben würde nur im ersten Fall seyn.

Man könnte daher wohl sagen: überall, wo communio lucri et damni ist, sey societas, und jene ein sicheres Kennzeichen von dieser; aber nicht überall, wo communio lucri et damni mangelt, sey Societät abzuläugnen. Ja um so weniger kann aus dem Mangel der *communio lucri et damni* mit Sicherheit auf Mangel des Gesellschaftsvertrags geschlossen werden, da es Societäten geben kann, wobey von einem Schadenleiden nicht füglich die Rede seyn kann. Z. B. wenn zwey sich vereinbaren, in Sprachen Unterricht zu ertheilen, und was sie erwerben, soll gemeinschaftlich seyn, was kann dabey für ein Schade gelitten werden? Ueberhaupt kann von einem Schaden-

---

Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod et ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. *Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod super est, intelligatur lucro esse.*

leiden nur da eigentlich die Rede seyn, wo von einem Lucro die Rede seyn kann, welches auch nicht immer der Fall ist. Beyde sind Gegensätze.

§. 9.

Von einigen besondern Arten der Societas.

Societas ad emendum — ad conducendum — ad vendendum — societas de communicanda hereditate — de communicandis acceptis et impensis — de aedificando pariete ad sustinenda onera utriusque vicini [29]) *etc.*

Societas negotiationis ist, wie wir hörten, eine Gesellschaft, die auf ein gemeinschaftlich zu betreibendes Gewerbe, namentlich auf einen Handel gerichtet ist. Mit ihr ist der Ausdruck Societas quaestuaria keineswegs als gleichbedeutend zu betrachten, obgleich dies gewöhnlich, z. B. von Höpfner [30]), geschieht, da erstere vielmehr nur als eine Art der letztern anzusehen ist.

Von der societas negotiationis ist dann noch zu unterscheiden die *Societas ad emendum*, welche bloß auf den Ankauf einer gewissen Sache, nicht aber auf gemeinschaftliches Gewerbe

---

29) Ich erlaube mir, diese Kunstnamen zu bilden, und stelle jedem frey, bessere an deren Stelle zu setzen.

30) Com. über die Instit. §. 905.

und Handelsverkehr gerichtet ist. Von ihr ist sehr häufig die Rede. [31])

Die Societas ad emendum ist eine ächte Societät. Es ist hier wechselseitiges Versprechen, zu einem gemeinschaftlichen Zweck beytragen zu wollen, und gemeinschaftlicher Zweck selbst vorhanden. Oft wird dabey ein Lucrum beabsichtigt werden, doch ist dies nicht nothwendig. Ein Beyspiel von

---

31) Ulpian spricht davon *L.* 52. §. 11. *D. ht.* Si qui *societatem ad emendum* coierint etc. Imgleichen *L.* 58. §. 1. *D. eod.* Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus *ad mercem emendam* etc. Ferner Paulus *L.* 65. §. 2. *D. eod.* Si in rem certam *emendam* conducendamve coita sit societas, tunc etiam post alicujus mortem quidquid lucri detrimentive factum sit, commune esse Labeo ait. §. 4. Item si societatem ineamus *ad aliquam rem emendam* etc. Ferner wiederum Ulpian *L.* 69. *D. eod.* Cum *societas ad emendum* coiretur etc. Besonders gehört hieher: *L.* 52. *pr. D. ht. Ulpianus.* Cum duobus vicinis fundus (conjunctus) venalis esset, alter ex his petit ab altero, ut eum fundum emeret, ita ut ea pars, quae suo fundo juncta esset, sibi cederetur: mox ipse eum fundum ignorante vicino emit. Quaeritur an aliquam actionem vicinus cum eo habeat? Julianus scripsit, implicitam esse facti quaestionem; nam si hoc solum actum est, ut fundum Lucii Titii vicinus emeret, et mecum communicaret, adversus me, qui emi, nullam vicino competere actionem; si vero id actum est, ut quasi commune negotium gereretur, societatis judicio tenebor, ut tibi deducta parte, quam mandaveram, reliquas partes praestem.

ein Paar Personen, die gemeinschaftlich eine Area kauften, damit ihnen nicht das Licht verbaut werde, in welchem Fall Societas anerkannt wird, kommt in den Pandecten [32]) vor.

Ferner gibt es eine Societas *ad conducendum*; die Societas vectigalis ist nur eine Art davon. Von ihr gilt, was von der Societas ad emendum gesagt ist. Was in Ansehung beyder zur nähern Bestimmung hinzuzusetzen, wird im folgenden Paragraphen gelehrt.

Wie es eine Societas ad emendum gibt, und eine ad conducendum, so kann es auch eine *ad vendendum* geben, d. h. eine, die sich darauf beschränkt, eine gewisse Sache zu verkaufen.

L. 58. pr. D. ht. Ulpianus.

Si id, quod quis in societatem contulit, extinctum sit, videndum, an pro socio agere possit? Tractatum ita est apud Celsum Lib. 7. Digestorum, ad epistolam Cornelii Felicis: Cum tres equos haberes, et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo, quadrigam venderes, et ex pretio quartam mihi redderes: si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi, non enim habendae quadrigae sed vendendae coitam societatem: —

32) L. 52. §. 13. D. ht.

Hier wurden also von beyden Seiten Sachen, nämlich Pferde zusammengebracht, damit sie zu einem Viergespann vereinigt verkauft würden. Starb der Beytrag des einen vor dem Verkauf, so mußte die eingegangene Societas nothwendig aufhören und er hatte an den Pferden des andern keinen Theil, weil es nicht auf Errichtung einer Gemeinschaft, eines Miteigenthums (im ächten Sinne des Worts), sondern auf den bloßen Verkauf abgesehen gewesen war.

Anders würde es gewesen seyn, wenn beyde sich verbindlich gemacht hätten, der eine z. B. drey Pferde, der andere ein Pferd beyzutragen, damit ein Viergespann entstehe, was gemeinschaftlich würde, woran nämlich beyden ideelle Antheile zustehen sollten (dem einen drey Viertheile, dem andern ein Viertheil.). Hier wäre dann Vereinigung zu gemeinschaftlichem Zweck, wie in dem vorigen Fall, aber dieser gemeinschaftliche Zweck hier Miteigenthum, also Gemeinschaft des zusammengebrachten Objects, wie nicht in dem vorigen Fall. In dem vorigen Fall war der Zweck Gemeinschaft dessen, was aus dem Verkauf zu lösen, also des Kaufpreises. Es heißt daher weiter:

— caeterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret *eaque communicaretur* tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, *non dubie adhuc socii sumus.*

Wir haben hier also wiederum ein Beyspiel

einer wahren Societas, wobey es nicht grade auf ein gemeinschaftliches Lucrum abgesehen ist.

Ueberhaupt können die einzelnen Arten der Societas sehr mannichfaltig seyn, und wo nur eine durch Vertrag errichtete Gemeinschaft vorhanden ist, würden wir genöthigt seyn, eine Societas als eingegangen anzuerkennen. Dabey würde es dann auf die besondere Natur eines jeden solchen zur Societas überhaupt gehörigen Vertrags und auf den Willen der Contrahenten, wie er sich jedesmal offenbart, immer hauptsächlich ankommen.

So kann verabredet seyn, nicht etwa, was durch Fleiß, Thätigkeit u. s. w. erworben wird (quaestus), denn davon war schon die Rede, sondern was durch Glücksereignisse dem einen oder andern zu Theil werden wird, solle als Gemeingut beyden anheimfallen, z. B. eine Erbschaft, die dem einen oder andern zufallen wird, will er mit dem Genossen theilen.

L. 3. §. 2. *D. ht. Paulus.*

De illo quaeritur, si ita societas *ut si qua justa hereditas alterutri obvenerit, communis sit*: quae justa hereditas? utrum quae jure legitimo obvenerit, an etiam ea, quae testamento? Et probabilius est, ad legitimam hereditatem hoc tantum pertinere. [33])

33) An und für sich begreift eine solche Verabredung Erbschaften aller Art, sie mögen durchs Gesetz oder durch

Wie also künftige Erbschaften Gegenstand der Societät oder das Object, was beyden gemein seyn soll, seyn können, leidet es vollends keinen Zweifel, daß auch gegenwärtige es seyn können. Es versteht sich von selbst, daß zwey sich dahin vereinbaren können, eine Erbschaft, die der eine erworben hat, solle beyden gemeinschaftlich seyn.

Ulpian führt ein Beyspiel von ein Paar Personen an, welche sich vereinbarten, alle Einnahme und Ausgabe solle gemeinschaftlich seyn unter ihnen. Man bezieht diese Stelle auf die Gütergemeinschaft; mir aber scheint es, hier sey von einem Vertrage die Rede, welcher von der Gütergemeinschaft, der allgemeinen, noch zu unterscheiden.

Ulpian lehrt: *L. 73. D. ht.*

Idem Maximinae respondit, si societatem universarum fortunarum *ita* coierint, *ut quidquid erogaretur, vel quaereretur communis lucri atque impendii esset*, ea quoque, quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrinque imputanda.

Wenigsten läßt es sich denken, daß ein solcher Vertrag selbstständig eingegangen wird, so daß er

---

Testament Jemandem zufallen, nur, wenn der Ausdruck: *justa hereditas* gebraucht worden, ist dieser Ausdruck, nach Paulus, mit *legitima* gleichbedeutend zu nehmen und der Vertrag auf gesetzliche Erbschaften zu beschränken.

nicht bloß Theil und Folge der Gütergemeinschaft ist, sollte er auch hier als solcher vorkommen. [34])

Eine wahre Societät ist es auch, ohne daß doch ein Lucrum beabsichtigt wird, wenn zwey Nachbarn sich vereinigen, jeder einen Raum beyzutragen, um auf gemeinschaftliche Kosten eine Mauer darüber aufzuführen, welche die Lasten beyder Gebäude tragen, ihnen also beyden zum Vortheil dienen soll. Dies Beyspiel kommt gleichfalls in den Pandecten vor.

L. 52. §. 13. *D. ht.*

Item Mila scribit, si vicini semipedes inter se contulerunt, ut ibi cratitium parie-

34) Ja, wenn er auch hier als zur Gütergemeinschaft gehörig vorkommen sollte, ist es doch die Frage, ob er in diesem Umfange an und für sich dazu gehöre. Ulpian spricht doch nur allenfalls von demjenigen, was bey der allgemeinen Gütergemeinschaft nebenher besonders verabredet worden, und daraus ließe sich dann, wenn auch nicht mit völliger Sicherheit schließen, daß es auch besonders verabredet werden müsse. Daher scheint der Satz, den Glück (Com. über die π. Thl. 15.) aus dieser Stelle ableitet, wenn der eine Genosse Kinder hat, der andere deren keine, müsse jener dazu beytragen, die Tochter des Letztern auszustatten, ein Satz, dem L. 81. D. eod. nicht entgegen stehen soll, weil darin von keiner universellen, nur von einer particulären Societät die Rede sey, so ausgemacht ganz und gar nicht zu seyn; wenigstens läßt er sich auf keinen Fall durch die im Text angeführte Stelle Ulpians erweisen. Bezieht sie sich nicht auf die allgemeine Gütergemeinschaft, so gehört sie gar nicht hieher; bezieht sie sich aber darauf, dann beweiset sie eher das Gegentheil.

tem (eine Mauer von Fachwerk) inter se aedificarent, ad onera utriusque sustinenda, deinde aedificato pariete alter in eum immitti non patiatur: pro socio agendum.

Hier wird wiederum Gemeinschaft des Objects beabsichtigt, nämlich die Interessenten wollen sich das Eigenthum der zusammengebrachten Räume mittheilen, und eine gemeinschaftliche Mauer darüber haben.

§. 10.

Ein Problem, und dessen Auflösung.

Cajus lehrt:

L. 2. pr. D. Com. div.

Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est communi dividundo judicio. Cum societate res communis est, velutî inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est, veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est.

Eben so heißt es:

L. 2. C. pro socio.

Cum proponas, te praedium, conjuncto dominio cum patrono tuo comparasse, in possessionemque tam te quam ipsum inductum, juris ratio efficit, ut dominium

fundi ad utrumque pertineat. Sane quia pretium a te solo numeratum et solennibus pensitationibus cessante socio satisfactum esse dicis, judicio societatis id quod eo nomine praestari oportuerit, consequeris.

Dagegen lehrt Ulpian:

L. 31. *D. ht.*

Ut sit pro socio actio societatem intercedere oportet [35]): nec enim sufficit, rem esse communem, nisi societas intercedit. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem: utputa cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul emta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut

---

35) Das sollte man freilich allerdings glauben; indessen scheint es doch, daß an einigen Stellen actio pro socio wegen persönlicher Leistungen zugelassen wird, wo bloß Gemeinschaft ohne Gesellschaft ist. *L.* 52. §. 12. *D. ht.* Item si in communem rivum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad reciperandum sumtum, Cassius scripsit. Freilich muß man nun wol um den vernünftigen Satz des Ulpian: wo keine Societät ist, findet auch keine actio pro socio Statt, — aufrecht zu erhalten, eine Societät hinzudenken, wenn auch die Verfasser selbst nicht daran gedacht haben sollten.

si a duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri. *L.* 32. *D. eod.* Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est: cum sine tractatu in re ipsa et negotio communiter gestum videtur.

L. 33. *D. eod.* Ut in conductionibus publicorum, item in emtionibus; nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium rem emere in commune: quod a societate longe remotum est. Et ideo societate sine tutoris auctoritate coita, pupillus non tenetur: attamen communiter gesto tenetur.

Die Ausleger wiſſen, was hier zu thun ſey, auf ein Haar. Nämlich was Ulpian lehrt, ſchränkt die Lehre des Cajus ein, und wenn zwey gemeinſchaftlich eine Sache kaufen, iſt nur dann Societät vorhanden, wenn ſelbiges cum affectione et animo societatis geſchehen iſt, daſſelbe iſt bey der Stelle des Codex vorauszuſetzen. Alſo lehrte die Gloſſe, alſo lehren z. B. Gerhard Noodt [36]) Vinnius [37]), Gerdes [38]) u. ſ. w. Doch iſt dieſe Meinung nicht ohne Widerſpruch; denn Bartolus und nach ihm Solicetus werden angeführt als ſolche, welche annahmen, Socie-

---

36) c. l.
37) c. l.
38) c. l. §. 3.

tät sey simpliciter schon dann vorhanden, wenn die Sache gemeinschaftlich gekauft worden.

Doch jenes, was die Glosse, Noodt, Vinnius, Gerdes u. s. w. lehren, mag immerhin wahr seyn, oder vielmehr es ist wirklich für richtig zu halten, damit ist die Schwierigkeit noch nicht gelöset; diese liegt hauptsächlich darin: was will Ulpian mit der *affectio societatis* sagen, so wie mit den Worten: cum tractatu habito societas coita est? Es ist nicht genug, daß mehrere zusammen kaufen oder pachten; Genossen sind sie nur, wenn sie Genossen seyn wollen. Aber was heißt das — was dachte Ulpian dabey? Das ist die Frage. Vielleicht meinte Ulpian, sie müßten ein gemeinschaftliches Lucrum beabsichtigen.

Ich glaube nicht, daß im Allgemeinen grade dies seine Meinung gewesen. Mir scheint vielmehr, er wollte überhaupt sagen, die Absicht müsse auf Stiftung einer Gemeinschaft gerichtet seyn. Es ist nicht genug, daß zwey eine Sache kaufen, sie müssen auch die Absicht haben, das Object gemeinschaftlich besitzen zu wollen und dies unter ihnen verabredet seyn. Und eben so, wenn zwey zusammen pachten, ist erforderlich, daß ihre Absicht auf Gemeinschaft gerichtet seyn müsse, nämlich, daß das Grundstück nicht zerstückelt, sondern gemeinschaftlich benutzt und die Früchte gemeinschaftlich seyn sollen. Ueberhaupt kann man zugeben, daß bey der Societas ad conducendum

nicht sowohl gemeinschaftlicher Zweck des Lucri, sondern beabsichtigte *communio lucri et damni* vorhanden seyn müsse; denn sie ist der societas negotiatoria gleich. Die Absicht müßte hienach beym Kaufen und Pachten nicht auf den bloßen Erwerb sich beschränken, sondern noch darüber hinausgehen. Allerdings scheint es, könne man unterscheiden: Zwey kaufen oder pachten zusammen, ohne Absicht der Gemeinschaft, und zwey vereinigen sich, ein gewisses Object durch Kauf oder Pacht zu erwerben, um es in Gemeinschaft zu besitzen. Indessen scheint doch auch Cajus nicht Unrecht zu haben; denn auch im erstern Fall kann es ohne Verabredung nicht abgehen, und da es an dem gemeinschaftlichen Zweck nicht fehlt, scheint es an der Societas nicht zu fehlen. Allein, der Unterschied besteht darin, daß in jenem Fall keine Gemeinschaft (des Objects) beabsichtigt wird, (auch würde eine solche Societät mit dem bloßen Erwerb aufhören), da doch nach Römischen Ideen beabsichtigte Gemeinschaft zum Wesen der Societät gehört. Daß es Societas seyn sollte, wenn zwey zusammen kaufen oder pachten, ohne Absicht der Gemeinschaft, — das wirft Ulpian weit weg. *Quod a societate longe remotum est*, lehrt er.

Es gibt noch eine andere Stelle, worin Ulpian ebenfalls die Natur des Geschäfts aus dem animus contrahendae societatis herleitet, ohne

sich darüber zu erklären, was darunter zu verstehen sey.

L. 44. D. ht.

Si margarita tibi vendenda dedero, ut si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit, tu haberes: mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus praescriptis verbis.

Sonderbar, dies Geschäft ist, dieser Stelle zufolge, bald Societät, bald unbenannter Contract, obgleich die Bedingungen ganz dieselben bleiben. [39]) Es kommt nach dieser Stelle Ulpian's bloß auf die Absicht an. Was unbenannter Contract seyn würde, wird Societät, wenn der animus contrahendae societatis vorhanden ist.

---

39) Dies hat Glück (Erl. der n. a. a. O. S. 573) übersehen. Daher nimmt er an: Es sey unbenannter Contract, wenn die Sache für einen bestimmten Preis verkauft werden und, was er darüber erhält, dem Trödler als Gewinn zufallen, Societät hingegen, wenn der Gewinn getheilt werden solle. Pothier (Pand. Just. Tom. 1. ht. No. IV. Note a.), welcher dafür als Gewährsmann angeführt wird, hat eine solche Erklärung nicht. Wenn nun gleich Glück's Erklärung, die den Worten Gewalt anthut, als solche nicht gelten kann, so ist doch der Satz selbst für richtig zu halten, weil hier eine andere Stelle in Betrachtung kömmt, die Glück jedoch nicht angeführt hat, wovon bald im Text die Rede seyn wird.

Nun aber gibt es eine dritte Stelle, die gleichfalls von Ulpian herrührt, welche die vorige ganz unnöthig macht. Nach dieser ist zu unterscheiden, ob die Sache dem andern, damit er sie verkaufe, übergeben ist, in der Art, daß der Verkäufer sich ein bestimmtes Quantum ausbedungen, und jenem, was er darüber erhält, überlassen hat, in diesem Fall ist es Trödelcontract; — oder ob der Kaufpreis getheilt werden soll. Hier ist das eingegangene Geschäft Societät; — nicht weil der Gewinn, sondern weil der Kaufpreis gemeinschaftlich seyn, und der, welcher den Verkauf besorgt, nicht ein negotium alienum oder suum, sondern commune besorgen soll. Ebenso ist es Societät, wenn der eine die area beyträgt, der andere ein Gebäude darüber aufzuführen sich verbindlich macht, oder wenn der eine das Sclavenkind hergibt, der andere es zu ernähren, oder zu erziehen verspricht und dann die bebaute area, — das ernährte, unterwiesene Sclavenkind oder was aus dem Verkauf der area, — des Sklavenkindes gelöset wird, gemeinschaftlich seyn soll.

L. 13. *D. de praescr. verbis.*

Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati neque pro socio cesse actionem: sed in factum, quasi alio negotio gesto: quia et mandata gratuita esse debent; et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium ex-

cepit. §. 1. Julianus (Lib. 11. Dig.) scribit, Si tibi areae meae dominium dedero, *ut insula aedificata partem mihi reddas*: neque emtionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. [40]) Sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dedero, vel puerum nutriendum, ita ut si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur; abhorrere haec ab area; eo, quod hic dominus esse non desinit, qui prius fuit. Competit igitur pro socio actio. Sed si forte puerum dominii tui fecero, idem se, quod in area, dicturum; quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. Quid ergo est? in factum putat actionem Julianus dandam, id est, praescriptis verbis. Ergo si quis areae dominium non transtulerit, sed passus sit, te sic aedificare, ut communicaretur vel ipsa vel pretium, erit societas. Idemque et si partis areae dominium transtulerit, partis non, et eadem lege aedificare passus sit.

---

40) Bey dieſen letzten Worten: *quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit*, muß man hinzudenken: *in totum*, wie Acurſius und nach ihm Schilter (Prax. jur. Rom. Ex. 29. §. 5. in fine) treffend angemerkt haben.

§. 11.

Resultate.

Dem Bearbeiter des Römischen Rechts begegnet es oft, daß er durch den Umfang des Stoffs belästigt und durch die Menge der zu berücksichtigenden Stellen bald hierhin bald dorthin geführt, die Hauptideen aus den Augen zu verlieren scheint, oder daß wenigstens der Leser Mühe hat, sie festzuhalten. Daher will ich, wenigstens einige davon, hier kurz zusammenfassen.

Das Wesen der Societät besteht nach Römischen Ideen in einer durch Vertrag herbeygeführten Gemeinschaft. Es kann dies eine Gemeinschaft des Objects seyn, und die Societas in dieser Hinsicht auf mancherley Art sich äußern, z. B. es soll gemeinschaftlich seyn alles Vermögen, oder dies oder jenes; — oder alles, was erworben wird, (quaestus) [41]); oder überhaupt alles, was eingenommen wird, oder dies oder jenes. Es kann auch eine Gemeinschaft anderer Art seyn, z. B. würde den Römischen Ideen ganz gemäß seyn, es eine Societas zu nennen, wenn zwey sich vereinigten, alle Ausgaben, oder gewisse Ausgaben sollten gemeinschaftlich seyn. Man denke hier an zwey

---

41) *L.* 8. *D. ht.* Quaestus enim intelligitur, qui ex opera cujusque descendit. Davon ist also, was ohne Verdienst, durch bloße glückliche Ereignisse erlangt wird, verschieden.

Reisegefährten, die sich vereinbarten, die Kosten der Reise gemeinschaftlich zu tragen. Eine Gemeinschaft des Objects kann man dies doch nicht nennen.

Es lassen sich die Arten und Beyspiele der Societas, wie sie im Römischen Recht vorkommen, unter den allgemeinen von der Societas gegebenen Gattungsbegriff (zwar mit Mühe und Noth) subsumiren. Man kann sie immer so auflösen, daß man sagen darf: die Genossen verbinden sich, zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zwecks ihre Kräfte zu vereinigen. Bey der Handelsgesellschaft und ähnlichen tritt dies besonders hervor und hat hier vor allen am wenigsten Zweifel.

Wohl ist aber hiebey zu bemerken, der allgemeine Begriff der Societas reicht weiter, wie der darunter begriffene Römische. Nach Römischen Ideen ist nicht jede Vereinigung zu einem gemeinschaftlichen Zweck Societas, sondern Societät erkennen die Römer nur an, wenn Gemeinschaft, besonders des Objects, beabsichtigt wird. Also verengt sich der allgemeine Begriff in dem besondern des Römischen Rechts.

Vom Gewinn und Schaden kann nicht bey jeder Societas die Rede seyn. Wo davon die Rede seyn kann, hauptsächlich nur bey der Handelsgesellschaft, so wie bey sonstigen Erwerbszweigen, namentlich dem Pachten, ist Gewinn gemeinschaftlich, und in der Regel auch der Schade. Und

hier gehört Gemeinschaft von Gewinn und Schaden zum Wesen der Societas; denn, wenn gleich die Gemeinschaft des Schadens, genau genommen in gewisser Hinsicht nicht wesentlich ist, kann man doch sich begnügen, dies nebst dem Grunde, worauf es beruht, zu bemerken, und im Uebrigen bey Feststellung des Begriffs davon abstrahiren, mit Dispensation von Seiten der Logik für einen so besondern Fall.

Man würde auch eben nicht irren, wenn man die Sache sich so vorstellte. Gewinn und Verlust trifft Genossen gemeinschaftlich, wo er sich auch zutragen mag, vorausgesetzt, daß davon überhaupt die Rede seyn kann; aber bey vielen Arten der Societät ist sie nur Folge der Vereinigung, welche ihre Interessenten in ein gemeinsames Schicksal verflicht; bey manchen — denjenigen, wovon zuletzt die Rede war — ist sie (die Gemeinschaft von Gewinn und Verlust) grade das, worauf die Intention der Contrahenten hauptsächlich gerichtet ist. —

Ich könnte noch manches sagen, doch mag es an dem, was ich gesagt habe, genug seyn. Hier sind, glaube ich, alle Ideen von mir niedergelegt, die uns über diese schwierige Materie richtig leiten können. Was etwa noch fehlt, kann der Leser hinzudenken, und wenn man ihn dahin gebracht hat, soll ein Schriftsteller, räth Lichtenbergs, schweigen. Darum also schweige ich.

II.

Erörterung der Frage, ob bey der societas quaestuaria das Eigenthum zusammengebrachter Sachen mitgetheilt werde; imgleichen vom zufälligen Untergange solcher Sachen.

§. 1.

In seinem bekannten Comm. über die Pandekten [1]) bemerkt Glück, nachdem er von dem Satz, bey der Societät könne der Fall vorkommen, daß der Eine nur Sachen oder Geld herschieße, der Andere nur Arbeiten verrichte, gehandelt hat: — in einem solchen Falle entstehe die Frage, ob das Geld gemeinschaftlich werde oder ob es demjenigen eigen verbleibe, der es hergeschossen, wenn darüber nichts besonderes verabredet worden. Diese Frage sey unter den Rechtsgelehrten streitig, die richtige Meinung sey, wie das Geld nicht gemeinschaftlich werde; im Zweifel sey nur gemeinschaftlicher Gebrauch zu vermuthen.

Den Beweis soll enthalten *L.* 52. §. 2. *D. ht.*

Si in coeunda societate artem operamve pollicitus est alter, veluti quum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus:

---

1) Thl. 15. §. 965.

nimirum ibi etiam culpa praestanda est, pretium enim operae artis est velamentum.

Daher müsse denn auch der Einleger den Schaden allein tragen, wenn das Kapital zufällig verloren gehe [2]).

Diesem allen sey nicht entgegen:

1) *L.* 58. §. 1. *D. ht.*

Si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, utrique perire; utputa si pecunia, quum peregre portaretur ad mercem emendam, periit.

Hier sey nämlich der Fall gewesen, wo beyde Gesellschafter Gelder zusammengeschossen hatten, um damit Handel zu treiben, und wo es der Intention der Contrahenten gemäß gewesen, wie das Geld gemeinschaftlich seyn solle.

2) Auch nicht *L.* 52. §. 4 *D. ht.*

Quidam sagariam negotiationem coierunt; alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit: servi ejus vulnerati sunt, resque proprias perdidit. Dicit Julianus, damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere, tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius, nisi

---

2) Dafür wird L. 9. C. de pignor. act. angeführt, die hierauf auch nicht die entfernteste Beziehung hat.

ad merces communi nomine comparandas proficisceretur.

In dieser Stelle sey abermals von einem Fall die Rede, wo beyde Gesellschaftsglieder zur Errichtung eines Handels Geld hergeschossen hätten. So weit Glück. —

Zuvörderst kann von der aufgeworfenen Frage die Rede nur seyn bey der Handelsgesellschaft, so wie bey solchen, die ihr ähnlich sind. Daß bey jener, wenn der eine Geld, überhaupt Sachen, der andere nur Arbeit beyträgt — das Geld, die Sachen nicht gemeinschaftlich werden, sondern im Alleineigenthum des Einlegers bleiben, — dieser Satz selbst ist für richtig zu halten. —

Allein ich glaube nicht, daß dieser an sich richtige Satz durch L. 52. §. 2. D. ht. bewiesen wird, ich halte besonders dafür, es müsse dieser Satz weit allgemeiner ausgedrückt werden — dann wird auch der Beweis um so leichter seyn; — ich bin endlich der Meinung, daß der Gesellschafter, welcher Sachen beygetragen, wenn sie zufällig zu Grunde gehen, den Schaden nicht unter allen Umständen zu tragen habe, obgleich diese Sachen in seinem privativen Eigenthum geblieben.

Nicht bloß, wenn der Eine allein Sachen beytrug, sondern überhaupt, wenn eine Gesellschaft errichtet worden, die nicht principaliter auf Stiftung einer Gemeinschaft von Sachen gerichtet war, sondern auf ein gemeinschaftlich zu treibendes Gewerbe, einen Handelsverkehr, Kauf, Verkauf,

Pacht u. s. w. sind die Sachen, welche zum Behuf der Gesellschaft zusammengebracht worden, nicht anders gemeinschaftlich, als wenn dies ausdrücklich verabredet worden. 3)

So gestellt bedarf dieser Satz außer der Bestätigung, die er durch Gesetzstellen finden wird, keines Beweises weiter, da er den Beweis schon in sich enthält, indessen will ich folgendes hinzusetzen:

Wenn zwey sich zu einem gemeinschaftlich zu treibenden Gewerbe vereinigen, so können sie zwar die Absicht haben, daß gewisse Güter (außer dem,

---

3) Das heißt, sie sind an und für sich nicht gemeinschaftlich. Was indessen Geldstücke betrifft, so können sie es durch die Commixtion werden. Die Commixtion, die mit dem Willen der beyden Eigenthümer geschieht, macht die vermengten Körper bekanntlich gemeinschaftlich. Dies setzt aber voraus, daß die Körper von der Art sind, daß sie vermengt, nicht unterschieden werden können, wie dies bey Geldstücken (von derselben Münzsorte) der Fall ist, geht aber nicht auf Sachen anderer Art. (Ja es scheint, man könne dies Erforderniß, nämlich daß die Körper von der Art seyn müssen, daß nach der Vermengung nicht zu erkennen ist, welche Individuen der eine, welche der andere beygetragen, schon in den rechtlichen Begriff der Commixtion aufnehmen). Es ist daher eine richtige Bemerkung, welche Vinnius ad §. 28. J. de rer. div. No. 3. macht „putarem, ne voluntaria quidem *pecorum* mixtione *gregem* communem fieri, nisi id expresse actum.“

was erworben wird) gemeinschaftlich seyn sollen, aber es liegt in der Natur des Vertrags gar kein Grund, anzunehmen, daß ihr Wille hierauf gerichtet sey. Bey andern Arten der Societät ist grade die Idee, daß Güter gemeinschaftlich seyn sollen, hier soll nichts gemeinschaftlich seyn, als der Gewinn; hier soll zu einem gemeinschaftlichen Zwecke auf andere Art, als durch Mittheilung von Sachen zusammen gewirkt werden. Mit der Societas negotiatoria, namentlich der Handelsgesellschaft, ist also eine Gemeinschaft von Gütern nicht nothwendig verknüpft. Es können dabey Güter gemeinschaftlich seyn, dies ist aber nicht wesentlich, und wenn es der Fall seyn soll, so muß dies ausdrücklich erklärt seyn. Ist es, so ist mit der Societas negotiatoria eine Societas unius rei (s. particularis) verbunden. Außer diesem Fall sind die Güter nicht der Substanz, sondern nur dem Gebrauch nach gemeinschaftlich, wenn nämlich überhaupt Güter zusammengebracht sind, nicht bloß Arbeit — von welchem letztern Fall in L. 71. D. ht. ein Beyspiel vorkommt, da zwey sich nämlich vereinigten, in philologischen Dingen Unterricht zu geben, und den Erwerb zu theilen. 4)

Die Richtigkeit des allgemeinen Satzes wird bestätigt durch eine Stelle, die schon vorher vor-

---

4) *L. 71. D. ht.* Duo societatem coierunt, ut Grammatica docerent, et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset.

gekommen und erklärt ist. Ich meine L. 58. pr. D. ht. Hier war societas de vendendo eingegangen. Zwey gaben ihre Pferde zusammen, damit sie zu einem Viergespann vereinigt verkauft würden. Diese Pferde wurden nicht gemeinschaftlich. Und warum nicht? Weil, sagt der Jurist, die Societät auf den Verkauf, nicht auf Gemeinschaft der Pferde gerichtet war. Letzteres hätte besonders verabredet werden müssen.

Bestätigt wird der Satz ferner durch den gleich folgenden §. 1. der Stelle, welche Glück bereits angeführt hat, als eine Stelle, welche bloß nicht entgegen stehe. Allerdings ist in diesem §. 1. von einem Fall die Rede, wo beyde Gesellschafter Geld zusammengebracht hatten, sonst konnte von keiner Collation die Rede seyn, welche hier| geschehen sey. Aber darin irrt Glück, daß er annimmt, es sey der Intention der Contrahenten gemäß gewesen, das Geld solle gemeinschaftlich seyn. Dies anzunehmen, liegt in der Stelle nicht der geringste Grund; ja die Stelle enthält hinlänglichen Grund für das Gegentheil. Denn sollte das Geld gemeinschaftlich seyn, so war die Frage, wen der Verlust des Geldes treffe, ob beyde diesen Verlust tragen müßten, unnöthig, und würde wenigstens nicht mit der Beschränkung beantwortet seyn, wovon bald weiter die Rede seyn wird. Eben weil das Geld nicht gemeinschaftlich ward, was die Genossen zusammengebracht hatten, ward die Frage

aufgeworfen, und so, wie geschehen, beantwortet und eben daher bestätigt sie den von mir aufgestellten Satz.

Wenn nun überhaupt bey der Societas negotiatoria die Sachen nicht gemeinschaftlich sind, es sey denn, daß dies besonders verabredet worden, so gilt dies auch namentlich dann, wenn bloß der eine Sachen, der andere Arbeit beyträgt. Wir finden daher jenen allgemeinen Satz in der Anwendung auf diesen Fall wieder, und zwar kann man sich in dieser Hinsicht auf L. 13. §. 1. D. de praescr. verb. (eine Stelle, die ich schon bey der vorigen Materie in extenso mitgetheilt habe) berufen.

Der dritte Satz war: der Schade des zufälligen Verlustes sey gemeinschaftlich zu tragen, obgleich die Sachen, welche beygetragen wurden und nun untergegangen sind, nicht gemeinschaftlich gewesen. Es versteht sich dies mit der Einschränkung: wenn die Sachen auf Veranlassung der Societät zu Grunde gegangen sind und ohne sie nicht zu Grunde gegangen seyn würden. Unter dieser Voraussetzung ist nach der Ansicht Römischer Juristen dies ein Schaden, den die Societät leidet, welcher nach der Regel: daß Schade und Verlust gemeinschaftlich sind, gleich dem Gewinn — von beyden zu tragen ist. (Wie jene darauf gekommen, diese Regel hierauf anzuwenden, davon hernach.)

Dadurch erklärt sich nun, was Ulpian L. 58. §. 1. D. ht. lehrt:

Si post collationem evenit, ut pecunia periret, *quod non fieret, nisi societas coita esset*, utrique perire; utputa si pecunia, *quum peregre portaretur ad mercem emendam, periit.*

Es ist Geld zusammengeschossen, dieses Geld ist nicht gemeinschaftlich geworden; dennoch ist der Verlust gemeinschaftlich zu tragen, wenn das Geld auf Veranlassung der Societät z. B. auf der Reise zum Einkauf von Waaren geraubt ist.

Eben dies bestätigt nun auch die von Glück angeführte andere Stelle — die ebenfalls (bloß) nicht entgegenstehen soll — die L. 52. §. 1. D. ht. Zwey handeln in Gesellschaft mit Kleidern, der Eine begibt sich zum Einkauf von Handelsartikeln auf die Reise; Räuber fallen ihn an, nehmen ihm sein Geld (suam pecuniam) ab, verwunden seine Sklaven, rauben ihm seine Sachen (res proprias). Der Jurist (Julian und mit ihm Ulpian) entscheidet: Dieser Schaden ist gemeinschaftlich zu tragen.

Dicit Julianus, damnum esse commune, ideoque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere, tam pecuniae, quam rerum ceterarum, *quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur.*

Daß Schade, positiver Schade nämlich, auf Veranlassung der Societät erlitten, gemeinschaftlich sey, erhellet auch aus der Vergleichung von zwey andern Stellen. Labeo hielt dafür: Wenn ein gemeinschaftlicher Sklave, welcher fliehen will, den einen Gesellschafter, der ihn daran zu hindern versucht, verwundet, so fallen die Heilungskosten nicht beyden Gesellschaftern, sondern ihm allein zur Last. Hingegen und mit sich selbst in Uebereinstimmung, verwarf Julianus diese Meinung und Ulpian stimmt ihm bey.

L. 60. §. 1. *D. ht.*

Socius, quum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est, impensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione *Labeo ait.*

L. 61. *D. eod. Ulpianus*

Secundum Julianum tamen et quod medicis pro se datum est, recipere potest. Quod verum est.

§. 2.

Fortsetzung.

Verschiedenheit der Societät vom Mandat quoad hoc.

Andere Grundsätze, als bey der Societät, gelten in dieser Hinsicht beym Mandat:

L. 26. §. 6. *D. Mandati. Paulus.*

Non omnia, quae impensurus non fuit, mandatori imputabit (sc. mandatarius): veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit, nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet.

Was in dieser Hinsicht vom Mandat Rechtens ist, sind Grundsätze, wie sie aus der Natur der Sache fließen; hingegen was bey der Societät gilt, scheint eine Abweichung von der Regel des Rechts zu enthalten. Daher erklärt sich die Verschiedenheit der Ansichten von Labeo — und Julian und Ulpian, und wenn letztere annahmen, Schade auf Veranlassung der Societät erlitten, sey gemeinschaftlich zu tragen, so scheint es mir, liege der Grund darin: die Genossen werden bey dem engen Bande, was sie umschließt, gleich wie Brüder betrachtet [5]), und das Unheil, was dem Einen widerfährt, ist als ein gemeinschaftliches von beyden zu tragen. Ich lobe diesen Unterschied nicht, ich sage nur, wie die Römischen Rechtsgelehrten darauf gekommen seyn mögen.

---

5) L. 63. pr. D. pro socio.

X.

Das System

des

Römischen Rechts

von

den Pertinenzien.

Im May 1817.

Prolog.

Der Verfasser hegte gute Gesinnungen gegen das Publicum. Seine Absicht war, das ächte System des Römischen Rechts von den Pertinenzien, an der Quelle geschöpft und von falschen Lehrmeinungen gereinigt, kurz, bündig, dabey doch vollständig vorzutragen.

Den Stoff, welchen der Verfasser zu bearbeiten unternahm, fand er ganz und gar nicht im Reinen. Es war dieser Stoff einem Garten zu vergleichen, worin der Gärtner lange nicht gewesen, alles verwildert und mit bösem Unkraut überwachsen ist.

Was hier geleistet worden — vielleicht mehr noch, als es auf den ersten Anblick scheinen mag — kann nur derjenige beurtheilen, welcher die gangbaren Ideen über Pertinenzien kennt und weiß, wie schwer es ist, aus den vielen einzelnen zerstreuten Bruchstücken, die so oft sich gradezu zu widersprechen scheinen, ein vollständiges und wohl zusammenhängendes Gebäude aufzuführen. Doch auch dieser erkennt es vielleicht nicht so sehr und um so weniger, je besser geordnet und durchdacht

der Stoff vor ihm liegt. Besonders kömmt auch in Betrachtung, nicht, welches Gebäude überhaupt hätte aufgeführt werden können, sondern, welch ein Gebäude aus diesen gegebenen Materialien aufzuführen möglich war. Diese Rücksicht muß freylich bald mehr, bald weniger, hier aber besonders demjenigen zu Statten kommen, welcher die in Fragmenten hinterlassenen Gesetze eines fremden untergegangenen Volks zu bearbeiten unternimmt.

Darf der Verfasser dem eignen Urtheil trauen, so ist durch diese Ausführung die Lehre von den Pertinenzien, welche hier in den Hauptttheilen, wie in den Nebentheilen, durchaus neu umgeschaffen, auf Einen Hauptgrundsatz zurückgeführt erscheint, soweit es möglich war und wenigstens dermaaßen aufs Reine gebracht, daß, wenn ja wider Erwarten irgendworin ein erennbarer Mangel oder Fehler sich finden sollte, es demjenigen, der etwa nach ihm kommen möchte, nun ganz leicht seyn wird, jene zu enthüllen, diese zu verbessern. Zu diesem Zwecke können auch dienen, die so vollständig, als es nur möglich war, zusammengesuchten und in extenso mitgetheilten Stellen des Römischen Rechts — deren bloße Zusammenstellung allein schon ihren großen Werth hat — wodurch der Leser in den Stand gesetzt wird, alles mit leichter Mühe übersehen und überall selbst urtheilen zu können.

Uebersicht des Inhalts.

§. 1. Einleitung.
= 2. Wie entstehen Pertinenzien?
= 3. Einzelne Arten der Pertinenzien.
= 4. Von den Pertinenzien unbeweglicher Sachen.
= 5. Von den Pertinenzien der Landgüter insbesondere.
= 6. Von liegenden Gründen als Pertinenzien liegender Gründe.
= 7. Von Pertinenzien der Gebäude.
= 8. Insbesondere von beweglichen Sachen, als Pertinenzien der Gebäude.
= 9. Ob Sachen, welche zur Perfection des Ganzen nicht erforderlich, von der Classe der Pertinenzien auszuschließen? Unterscheidung zwischen Pertinenzien und integrirenden Theilen. Dabey Erklärung einer Stelle des Pomponius (L. 245. D. de V. S.)
= 10. Beyspiele von Pertinenzien, deren im Römischen Recht ausdrücklich Erwähnung geschieht, auch von solchen, die es nicht sind.
= 11. Fortsetzung.
= 12. Andre Beyspiele von beyderley Art.
= 13. Von Pertinenzien bey Gebäuden einer besondern Art.

§. 14. Von Pertinenzien bey Schiffen. — Scavam non videri navis esse.
= 15. Von Pertinenzien beweglicher Sachen.
= 16. Wie Pertinenzien aufhören, es zu seyn.
= 17. Vom Beweise.

§. 1.

Einleitung.

Unter Pertinenzien werden verstanden Sachen, die mit einer andern in Verbindung stehen und zwar in einer solchen, daß sie als zu einem Ganzen vereinigte Theile anzusehen sind. Besonders werden darunter verstanden Sachen dieser Art, welche sich zu der Sache, womit sie verbunden sind, verhalten wie Nebensachen zur Hauptsache.

Von Pertinenzien kann und muß man unterscheiden Sachen, die es an sich nicht sind, die aber in concreto bey einer andern vorzüglichern Sache mit veräußert sind oder von denen man Gründe hat, dies anzunehmen.

Da die Pertinenzien Accessorien und Theile der Hauptsache sind, so nehmen sie Theil an dem Schicksal der Hauptsache. Ja, es ist zwischen ihnen und solchen Theilen, die als wesentliche Bestandtheile das Ganze constituiren, in der Sphäre des Rechts kein Unterschied. Wer daher den Besitz der Hauptsache erwirbt, ist eo ipso auch zum Besitz der Pertinenzien gelangt. Und wenn die Hauptsache veräußert wird, der Substanz oder dem Gebrauch nach, so ist alles, was Pertinenzialqualität hat, als mitveräußert anzusehen, auch wenn es nicht namentlich genannt ist; genug, daß es nicht ausdrücklich ausgeschlossen ward.

Der Name Pertinenzien ist freilich nicht Römisch. Um die Pertinenzialqualität zu bezeichnen, bedient sich das Römische Recht von einer Sache des Ausdruckes: fundi, aedium, aedificii est, — domus portio est u. s. w. Das Gegentheil wird (wenn dies auch grade nicht immer zutrifft) durch das reine Gegentheil, auch noch durch einen andern Ausdruck, der zugleich etwas setzt, angedeutet, wie wir in der Folge hören werden.

§. 2.

Wie entstehen Pertinenzien?

Was Pertinenzien macht; ist den Rechtsgelehrten zufolge der Wille des Eigenthümers. Ja einige, wenn sie Pertinenzien definiren wollen, geben eine genetische Erklärung und nehmen diesen Ursprung in den Begriff auf. Dadurch wird eine zahlreiche Classe aus der Reihe der Pertinenzien ausgeschlossen, nämlich diejenigen, welche durch eine reine Wirkung der Natur mit der Hauptsache verbunden sind, wie Pflanzen und Bäume. Auch davon abgesehen, scheint diese Ansicht nicht die richtige zu seyn. In den Fällen, wo durch Thätigkeit des Menschen jene Verbindung bewerkstelligt wird, muß er freilich auch wollen; aber das ist zu entfernt und zu allgemein, als daß es hier in Betrachtung kommen könnte. Auch meint man nicht einen allgemeinen zu jeder Hand-

lung erforderlichen Willen; sondern eine bestimmte, auf Hervorbringung einer dauernden Verbindung gerichtete, Absicht. Diese Entstehung der Pertinenzien ist, wie es scheint, von einzelnen Arten derselben abgeleitet; ob sie auf einzelne Arten paßt, auch nur für einzelne Arten zulänglich sey, wird die Folge lehren. Soviel ist gewiß, daß sie auf alle nicht zutrifft und nicht zum obersten Grundsatz dieser Materie erhoben werden kann. Ja, man sieht ihr das Unzulängliche und Unzutreffende schon auf den ersten Blick an.

Vielmehr im Allgemeinen kann man nur sagen: Pertinenzien entstehen dadurch, daß Sachen und namentlich Nebensachen mit einer andern, der Hauptsache, in eine so enge Verbindung gerathen — sey es durch Natur oder Kunst — daß sie als Theile derselben anzusehen sind. Es ist also der Vorgang der Vereinigung, Einverleibung u. s. w., was Pertinenzien macht.

§. 3.

Einzelne Arten der Pertinenzien.

Welche Sachen stehen nun mit der Hauptsache in einer solchen Verbindung, daß sie als Theile derselben zu betrachten, folglich Pertinenzien sind?

Wir wollen sie, in gewisse Classen vertheilt, der Reihe nach aufführen.

Es können Pertinenzien haben:

1) Unbewegliche Sachen an unbeweglichen und an beweglichen;

2) bewegliche an beweglichen;

3) Pertinenzien an Pertinenzien; denn es versteht sich ja, alles, was als Theil eines Ganzen zu betrachten ist, ist auch als Theil des größern Ganzen anzusehen, wozu sein Ganzes als Theil gehört. Von solchen Pertinenzien der Pertinenzien werden im Folgenden Beyspiele genug vorkommen, doch wird es nicht nöthig seyn, von ihnen besonders zu handeln, und sie sollen also hiermit entlassen seyn.

§. 4.

Von den Pertinenzien unbeweglicher Sachen.

Im Allgemeinen gehören zu unbeweglichen Sachen überhaupt und können als Zubehör angesehen werden die Rechte, welche dem Grundstück, als dem berechtigten Subject, zustehen, die ihm ankleben und mit ihm auf jeden Besitzer übergehen, wie jura servitutum; imgleichen die Urkunden, welche ein Grundstück angehen [1])

---

1) L. 12. §. 45. D. de instr. vel. instr. leg.

§. 5.

Von Pertinenzien der Landgüter.

Landgüter, überhaupt liegende Gründe, die keine Gebäude sind oder bey denen doch die Hauptsache nicht aus solchen besteht (*fundus*) [2]), als Aecker, Wiesen, können Pertinenzien haben, der Regel nach, nur an solchen Sachen, die durch Wirkung der Natur oder Kunst oder durch das Zusammenwirken beyder mit dem Erdboden verbunden sind. Denn Ulpian lehrt:

Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet [3]).

Daher gehören Pflanzen und Früchte, die noch nicht eingeerndtet oder eingesammelt sind, zum Grundstück und folgen als Zubehör dem Käufer, wenn sie gleich zur Zeit des Kaufs zur Erndte schon reif waren, falls der Verkäufer sie sich nicht ausdrücklich vorbehielte [4]). Daher gehören die Bäume dem Boden an, indem sie wurzeln, und fallen mit ihm dem neuen Erwerber zu; nur nicht diejenigen, welche zur Zeit der Veräußerung bereits

---

2) Ueber die Bedeutung von *fundus* V. L. 115. D. de V. S. L. 211. eod. und vergleiche damit, was Festus lehrt, welcher sagt: Fundus dicitur ager, quod planus sit ad similitudinem fundi vasorum. Die rechtliche Bedeutung begreift die Gebäude mit, welche auf dem Fundus stehen.

3) L. 17. pr. D. de act. emt. et vend.

4) L. 13. §. 10. D. de act. emt. et vend.

abgehauen oder vom Sturmwind entwurzelt waren, sollte die Entwurzelung auch geschehen seyn nach der Zeit, als Kaufliebhaber und Eigenthümer hinausgegangen waren, sie zu besehen, jedoch vor wirklicher Abschließung des Handels [5]). Daher gehören ferner alle feststehende Gebäude (nicht die beweglichen) mit allem Zubehör als Theile zu Grund und Boden.

Zu den Gebäuden, die als Theile und Zubehör von Grund und Boden anzusehen sind, gehören ohne Zweifel auch Mühlen. Doch ist es sonderbar, wenn man sich zur Bestätigung dieses Satzes auf das Römische Recht, namentlich auf L. 21. D. de instr. vel instrum. leg. beruft, wo von einer im Gebäude befestigten Mühle zur Auspressung der Oliven die Rede ist. Die Alten kannten wohl Handmühlen, welche (unbefestigt) zum Instrument gerechnet wurden [6]), in der Folge auch Roßmühlen, die ebenfalls zum Instrument gehören [7]), auch Wassermühlen; aber keine Windmühlen, die man hier doch im Sinne hat. Diese Erfindung der spätern Zeit ward erst

---

5) L. 9. D. de per et com. rei vend.

6) L. 12. §. 10. D. de instr. vel instrum. leg.

7) *L.* 26. §. 1. *eod. Javolenus.* Molas *manuarias* quidem suppellectilis, *jumentarias* autem instrumenti esse, Ofilius ait. Labeo, Cascellius, Trebatius neutras suppellectilis, sed potius instrumenti putant esse: quod verum puto.

durch die Kreuzzüge in Europa bekannt. Nach allgemeinen Grundsätzen gehören sie als feststehende Gebäude dem Boden an.

Hingegen alles, was beweglich ist, gehört, der Regel nach, nicht als Zubehör zu Grund und Boden.

L. 21. D. de instr. vel. instrum. leg.

Nulla ex his rebus, quae moveri possunt, paucis exceptis, fundi appellatione continentur.

Es sey denn, daß es befestigt ist, wie Rebpfähle im Weinberge [8]), Zäune, Brücken u. s. w.

Namentlich gehören zum Gute nicht die geerndteten Früchte [9]), nicht das vorräthige Brennholz [10]), auch nicht die Geräthschaften zum Landbau [11]).

Denn alles, was beweglich und nicht befestigt ist, kann nicht als Theil angesehen werden und — das ist grade die Idee, von welcher die Römischen Rechtsgelehrten ausgingen.

---

8) L. 17. §. 11. D. de act. emt. et vend.
9) L. 17. §. 1. D. eod.
10) L. 17. §. 2. D. eod.
11) *L.* 14. *D. de supell. leg.* Fundo legato, instrumentum ejus non aliter legato cedit, nisi specialiter id expressum sit. *L.* 2. §. 1. *D. de instr. vel. instr. leg.* Dotes praediorum, quae graeco vocabulo *ἐνθήκαι* appellantur, cum non instructa legantur, legatario non praestantur.

Selbst das Stroh (stipula) gehört, gleich dem Heu, nach reinem Römischen Recht nicht zu den Pertinenzien eines Landguts, sondern zum Instrument [12]). Aber Dünger und Stroh, was dem Vieh untergestreut ist (stramentum), insoferne ersterer zur Düngung des Feldes, nicht zum Verkauf angeschafft ist, bleibt beym Gute und gehört dem neuen Erwerber [13]).

§. 6.

Von liegenden Gründen, als Pertinenzien liegender Gründe.

Die Möglichkeit, daß liegende Gründe Pertinenzien haben können an andern liegenden Grün-

---

12) L. 12. §. 10. D. de instr. vel. instrum. leg.

13) *L.* 17. §. 2. *D. de act. emt. et vend. Ulpianus.* Fundo vendito vel legato, sterculinum et stramenta emtoris et legatarii sunt: ligna autem venditoris vel heredis; quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt. In sterculino autem distinctio Trebatii probanda est: ut si quidem stercorandi agri causa comparatum est, emtorem sequatur, si vendendi, venditorem, nisi si aliud actum est. Nec interest, in stabulo jaceat an acervus sit. Auch der salva venia Kettenhund gehört nicht zum Gute. Wenn dieser Wächter des Hofes bey Tage an der Kette liegt, so ist es nur, damit er nicht beiße. Sein Haus aber gehört nach Westphal (von den Pertinenzstücken eines verkauften Hauses §. 13. Not. *) zum Grundstücke, wenn es nämlich

den, kann nicht bezweifelt werden, und hat die Beantwortung der Frage, was macht Pertinenzien dieser Art, ihre eigenthümlichen Schwierigkeiten. Bey Sachen dieser Art kann die Cohäsion oder das Nebeneinanderliegen zweyer Grundstücke nicht in Betrachtung kommen, da dieses eine reine Wirkung der Natur ist und sich über den ganzen Erdboden verbreitet. Hier scheint es also, daß der Wille des Eigenthümers es sey, wodurch Pertinenzien dieser Art entstehen. Allein in der That ist es auch hier die Begebenheit der Einverleibung, was Pertinenzien macht; nur kann hier freylich keine in die Sinne fallende Annäherung oder Vereinigung Statt finden, wie bey Sachen, die durch Kunst mit einander in Verbindung gesetzt werden.

Die Einverleibung ist gleichsam der oberste Grundsatz dieser ganzen Materie — und selbige hier nicht sowohl eine reelle, als vielmehr eine ideelle.

Es wird also darauf ankommen, ob der Eigenthümer wollte, daß beyde Grundstücke zusammengehören und zu einem Ganzen vereinigt seyn sollten und ob er diesen Willen zu erkennen gegeben, ob er die eine Sache als Nebentheil der an-

---

befestigt ist. Man könnte einwenden: Eben weil der Bewohner nicht dazu gehört, gehört auch sein kleines Haus nicht dazu. Allein das Haus ist nicht grade für dieses Individuum bestimmt. Also scheint Westphalrecht zu haben.

dern behandelt hat. Machte er die Einverleibung öffentlich bekannt, wie etwa Landesherren, wenn sie neue Provinzen mit dem Hauptstaat vereinigen, so würde die Sache ihre gewiesenen Wege haben. Da es aber an einer ausdrücklichen Erklärung fehlen wird, so wird man genöthigt seyn, auf Einverleibung und Pertinenzialqualität aus den Umständen zu schließen. Aus der bloßen Contiguität, aus dem Umstande, daß der Eigenthümer beyde Grundstücke zusammen erwarb, sie bisher zusammen besaß, zusammen bewirthschaftete, folgt die Einverleibung noch nicht, wie schon Leyser [14]) bemerkte. Doch wozu sich auf Leyser berufen zur Bestätigung eines Satzes, den schon die Römischen Rechtsgelehrten sehr deutlich ausgesprochen haben.

1) *L. 20. §. 7. D. de instr. vel instr. leg. Scaevola. Tyrannae sorori meae fundum meum Graecianum cum stabulo et instrumento rustico omni relinquo.* Quaeritur, an fundi appellatione etiam pascua, quae ad eum simul cum fundo pervenerint et quae semper in usibus hujus possessionis habuerat, legato cederent. Respondit, si prata fundo Graeciano ita junxisset, uti sub una fundi adpellatione haberentur, ea quoque deberi.

---

14) Spec. 100. med. 7.

In diesem Fall waren die Weideplätze, wofür am Ende Wiesen gesetzt sind, nicht nur zugleich mit dem Hauptgut erworben, sondern sie waren auch bisher immer für das Hauptgut benutzt; beydes hielte der Jurist nicht für hinlänglich, um dem Legatar neben dem Hauptgut, das Eigenthum jener Wiesen oder Weideplätze zuzuerkennen. Dagegen sieht er auf den Namen und ob beyde Grundstücke dergestalt mit einander verbunden worden, daß jene unter der Benennung des Hauptguts begriffen gewesen. Es scheint freylich sonderbar, daß etwas so Zufälliges, wie ein Name ist, auf die Entscheidung des Rechtsfalls von so großem Einfluß seyn soll, allein aus der Einheit des Namens war auf die innige Verbindung zu schließen, die nach dem Willen des Eigenthümers zwischen dem Hauptgut und dem Nebengut bestehen sollte, gleichwie daraus die Willensmeinung des Testators über den Umfang des vermachten Objects herzuleiten war. Denn, da es bey Veräußerungen nur in Frage kommen kann, ob eine Sache Pertinenz der andern sey oder nicht, so kann diese Frage auch allenfalls dadurch umgangen werden, wenn man zeigen kann, daß die Absicht gewesen, diese Sache mit zu veräußern, gleichviel dann, in welchem Verhältniß beyde zu einander stehen mögen.

2) *L. 91. §. 3. D. de legatis III. Papinianus. Titio Sejana praedia, sicuti comparata sunt, do lego:* cum essent Gabi-

niana quoque simul uno pretio comparata, non sufficere solum argumentum emtionis respondi, sed inspiciendum, an literis et rationibus appellatione Sejanorum Gabiniana quoque continentur, et utriusque possessionis confusi reditus, titulo Sejanorum accepto lati essent.

Also hielte auch Papinian dafür, wie das bloße Zusammenerwerben nicht in Betrachtung komme. Ja, wenn auch beyde Grundstücke für Einen Preis zusammen erworben wurden, ist dies allein kein hinlänglicher Beweis, daß sie zusammen gehören. Dagegen sieht Papinian auf die Identität der Benennung, ob nämlich das Nebengut, was sonst einen eignen Namen führte, auch mit unter der Benennung des Hauptguts begriffen worden, ob die Einkünfte beyder unter dem Titel von Einkünften des Hauptguts zu Buch und in Einnahme gebracht worden [15]).

3) *L.* 27. §. 5. *D. de instr. vel instr. leg. Scaevola.* Fundos legavit in haec verba: Sempronio, fratri meo, hoc amplius fundos meos, ita ut instructi sunt, Cassianum, Nonianum, cum suis salictis et sylvis.

---

15) Derselbe Papinian lehrt auch *L.* 91. §. 6. *eod.* Appellatione domus insulam quoque injunctam domui videri, si uno pretio cum domu fuisset comparata, *et utriusque pensiones similiter accepto latas rationibus ostenderetur.*

Quaesitum est, cum sylvae et salicta non in fundis supra scriptis sed in adjectis agellis, et quos simul testator comparavit, nec sine his fundi coli possint, an legato cederent. Respondit, id tantum cedere legato, quod verbis comprehendisset.

Auch diese Stelle ergibt, wie aus dem bloßen Zusammenerwerben Pertinenzialqualität nicht herzuleiten sey; daher fielen die anstoßenden kleinen Ackerstücke dem Legatar nicht mit zu und also auch nicht die darauf befindlichen Hölzungen und Weidengebüsche, obgleich das Hauptgut ohne sie nicht wohl bestehen konnte.

Außer den von den Römischen Rechtsgelehrten berücksichtigten, können wohl noch andere Umstände in Betrachtung kommen, z. B. ob das Nebengut ursprünglich in dem Hauptgut enthalten war, und nur zum Behuf besserer Bewirthschaftung davon getrennt und mit eigenen Gebäuden versehen worden; ferner, ob vielleicht der Besitzer es als ein Nebengut mit dem Hauptgut erworben hatte — was von dem bloßen Zusammenerwerben zweyer Grundstücke noch wohl zu unterscheiden seyn würde; — ebenso könnte die Einrichtung des Nebenguts — das Verhältniß desselben zum Hauptgut zu erwägen seyn, z. B. es wären dort Gebäude aufgeführt, bestimmt, die auf dem Hauptgut gewonnenen Früchte aufzubewahren oder das Vieh, was auf dem Hauptgut gehalten würde, aufzunehmen. Dergleichen Umstände könnten einzeln

oder mit andern zusammengenommen den Schluß auf Pertinenzialqualität rechtfertigen.

§. 7.

Von Pertinenzien der Gebäude.

Besonders sind es Gebäude, welche an Pertinenzien reich sind und unter diesen vorzüglich Häuser.

Zum Hause gehört das Hintergebäude (domus postica). Eigentlich macht es einen integrirenden Theil des Hauses aus; es ist ein nach hinten belegener Theil des Hauses (posterior pars aedium). Leyser, der dies nicht verkennt, spricht davon unter den accessionibus rei venditae [16]). Zwar, auch die Pandecten unterscheiden Hauptbestandtheile und die Nebentheile, welche wir Pertinenzien nennen, nicht, gewöhnlich nicht; — was freilich auch so nöthig nicht ist, da die Rechtsgrundsätze für beyde dieselben sind. Auch möchte es nicht ganz leicht seyn, zwischen beyden eine genaue Gränzlinie zu ziehen. Wir werden indessen in einem der folgenden Paragraphen — doch stille, daß ich voreilig nichts verrathe. —

Die einzelnen Zimmer und Gemächer im Hause sind ebenfalls als integrirende Theile anzusehen und wenn diese Bemerkung hier gemacht wird, so

---

16) Spec. 209. med. 3.

geschieht es nur, um eine andere daran zu knüpfen, daß nämlich Zimmer aus dem benachbarten Hause zu dem unsrigen gehören können, etwa weil der vorige Besitzer, welcher beyde Häuser besaß, jene Zimmer, welche ursprünglich zu dem benachbarten Hause gehörten, dem unsrigen einverleibte [17]).

Zum Hause gehört ferner, außer der Area, worauf es steht, der Hof und der Garten hinter dem Hause, sammt allem, was von Grund und Boden angezogen, auf diesen Plätzen steht, als Ställe, Lusthäuser, Bäume und Pflanzen.

Die Gebäude müssen aber auch hier fest stehen, wenn sie als Theile von Grund und Boden und als Zubehör des Hauses angesehen werden wollen. Daher rechneten die Römer den beym Hause etwa befindlichen Kornboden oder Speicher nur dann zum Zubehör des Hauses, wenn die Pfähle desselben in die Erde eingerammt sind [18]).

---

17) *L.* 31. *D. de leg.* 3.
Si cui aedes legatae sint, is omne habebit id aedificium, quod solum earum aedium erit. (Zwischen *quod* und *solum* ist wohl *supra* einzuschalten. *Paulus:* Hoc tunc demum falsum est, cum dominus aedium binarum aliquod conclave, quod supra concamerationem (Gewölbe) alterarum aedium esset, in usum alterarum convertit, atque ita his usus fuerit; namque eo modo alteris aedibus id accedet, alteris decedet.

18) *L.* 18. *pr. D. de act. emt. et vend.* Granaria, quae ex tabulis fieri solent, ita aedium sunt, si

Es entsteht die Frage: Sollen liegende Gründe als Zubehör des Hauses angesehen werden, ist unmittelbarer Zusammenhang erforderlich?

Allerdings scheint Contiguität nothwendige Bedingung der Pertinenzialqualität zu seyn, weil die Grundstücke sonst nicht als Theile eines Ganzen angesehen werden können. — Diese Bemerkung gilt auch für den Inhalt des vorigen Paragraphen, gilt also von liegenden Gründen, als Pertinenzien überhaupt, während sie sich von Gebäuden als Pertinenzien schon von selbst versteht. — Getrennt durch Zwischenräume können liegende Gründe, z. B. Wiesen, wohl nur in Folge besonderer Gesetze, wornach Häusern dergleichen beygelegt und von ihnen nicht zu trennen sind, als Pertinenzien angesehen werden.

Bey diesen liegenden Gründen, wenn sie als Pertinenzien von Gebäuden angesehen werden sollen, kommt es dann gleichfalls darauf an, ob die Einverleibung wirklich geschehen [19]) und ob, wenn

---

stipites eorum in terra defossi sunt: quod si supra terram sunt, rutis et caesis cedunt.

19) *L.* 52. §. 3. *D. de act. emt. et vend.*
Ante domum mari junctam, molibus jactis ripam constituit: et *uti ab eo possessa domus fuit*, Gajo Sejo vendidit. Quaero ap ripa, *quae ab auctore domui conjuncta erat*, ad emtorem quoque jure emtionis pertineat. Respondit, eodem jure fore venditam domum, quo fuisset prius, quam veniret.

die Pertinenzialqualität zweifelhaft, aus den Umständen auf selbige zu schließen sey. Z. B. es hätte der Besitzer eines Hauses in der Folge einen Garten dazu erworben. Aus der bloßen Contiguität folgt Einverleibung noch nicht. Wohl aber könnte in Betrachtung kommen, ob der Besitzer den Garten um des Hauses willen erwarb, ob das Haus selbst dadurch gewinnen, der Besitz desselben für jeden Inhaber angenehmer und gesünder werden sollte; ferner, ob unmittelbar aus dem Hause ein Zugang zu dem Garten angelegt worden. Aus diesen Umständen schloß in einem solchen Fall auf Pertinenzialqualität Papinian.

L. 91. §. 5. *D. de leg. III.*

Qui domum possidebat, hortum vicinum aedibus comparavit ac postea domum legavit: si hortum domus causa comparavit, ut amoeniorem domum ac salubriorem possideret, aditumque ad eum per domum habuit et aedium hortus additamentum fuit, domus legato continebitur [20]).

§. 8.

Insbesondere von beweglichen Sachen, als Pertinenzien der Gebäude.

Diese Art von Hauptsachen, die Gebäude, sie mögen nun für sich bestehen, oder im Verhältniß

20) S. übrigens auch, jedoch mit — Critik, Mev. P. 7. dec. 373. 374.

zu andern Hauptsachen betrachtet Theile und Nebensachen (liegender Gründe) seyn, kann Pertinenzien haben an beweglichen Sachen, d. h. an solchen, die getrennt vom Gebäude beweglich seyn würden, in dieser Verbindung aber die Natur des Ganzen annehmen, wozu sie gehören.

Welche bewegliche Sachen einem Gebäude als Pertinenzien angehören, durch Regeln zu bestimmen und gehörig auseinander zu setzen, das ist in dieser Sphäre bey weitem der schwierigste Punct. Und wenn man auch über die allgemeinen Grundsätzen so ziemlich aufs Reine gekommen ist, ist es noch immer nicht ganz leicht, sie auf einzelne Fälle richtig anzuwenden. Wenigstens bey manchen Sachen ist es zweifelhaft, ob sie Pertinenzien sind, ob sie zum Instrument u. s. w. gehören. Schon die Römischen Rechtsgelehrten weichen in ihren Ansichten über die Pertinenzialqualität mancher Objecte von einander ab; daher die Widersprüche, auf welche man in dieser Sphäre hin und wieder in den Pandecten stößt; was Wunder, wenn unsere Rechtsgelehrten nicht einig sind, und der eine dieselbe Sache zum Zubehör rechnet, welche der andere zum Haus- und Wirthschafts-Geräth zählt.

Im Allgemeinen ist es auch hier das Factum der Einverleibung, nicht der Wille des Eigenthümers, was Pertinenzien dieser Art macht, wiewohl der Wille des Eigenthümers, nach den verschiede-

nen Classen derselben mehr oder weniger, hiebey möglicherweise mit in Betrachtung kommen kann.

Zum Hause gehört nun

1. der Regel nach alles, was mit dem Hause zusammenhängt.

Woher dieses? Man möchte glauben, deshalb, weil aus der Cohäsion auf den Willen des Eigenthümers zu schließen sey, daß diese Sache beständig bey dem Hause bleiben, daß sie dem Hause angehören solle.

Es könnte seyn, daß diese Idee grade auch nicht unrichtig wäre; sie hat wenigstens an sich nichts Ungereimtes, ja vielleicht gefällt sie auf den ersten Anblick nicht wenig. Wenn wir bey ihr verweilen, so finden wir bald, es sey Quaestio facti, ob der Eigenthümer jene Absicht gehabt habe oder nicht. Da er sich darüber nicht ausdrücklich erklärt, würde man genöthigt seyn, auch diese oder die entgegengesetzte Absicht aus den Umständen zu schließen, und zwar müßte man sich hier mit Wahrscheinlichkeit begnügen. Dabey könnte nun bloß auf die Natur der Sache gesehen, und wenn wir von den Ideen der Römischen Rechtsgelehrten einstweilen ganz abstrahiren, in Betrachtung kommen die Natur und Bestimmung des Objects, die Gewohnheit, besonders auch die Art der Befestigung. Die Arten, wodurch eine (künstliche) Cohäsion hervorgebracht wird, sind sehr mannigfaltig. Es gehört dahin das Einmauern, Annageln, Anschrauben, Anheften, Eingraben, Ein-

senken u. s. w. Je fester die Cohäsion, je mehr sie auf Dauer berechnet ist, desto höher steigt die Wahrscheinlichkeit, daß es damit nicht bloß auf eine vorübergehende Verbindung abgesehen gewesen sey.

Ich will nicht grade sagen, daß der Wille des Eigenthümers bey dieser Classe der zum Hause zu rechnenden Pertinenzien gar nicht in Betrachtung kommen könnte; er könnte wenigstens soweit in Betrachtung kommen, daß Sachen, die Ausnahmsweise nicht zu dieser Classe der Pertinenzien gehören, in diesem Fall dahin zu rechnen; es scheint mir nur, daß von den Römischen Rechtsgelehrten der Wille des Eigenthümers bey dieser Classe sehr wenig berücksichtigt sey.

Nicht der Wille des Eigenthümers ist es eigentlich, was Pertinenzien dieser Art macht, und auf welchen aus der Cohäsion zu schließen ist, sondern die Cohäsion ist es selbst, wodurch Pertinenzialqualität bewirkt wird.

Wäre es der Wille des Eigenthümers, wodurch Pertinenzien dieser Art entstehen, und diente die Cohäsion nur auf diesen Willen zu schließen: so würden Sachen, welche in diese Classe gehören, Pertinenzien seyn können, auch wenn sie noch nicht wirklich mit dem Gebäude verbunden, sondern nur erst für das Haus angeschafft sind. Aber darin sind alle Römische Rechtsgelehrte einverstanden, daß dies nicht der Fall sey. Es ist nicht genug, daß die Sache angeschafft ist; Zubehör des Hau-

fes wird sie erst, wenn sie mit dem Hause so verbunden ist, wie es ihre Art mit sich bringt. Ein Irrthum ist es, wenn man glaubt, eine solche Anwendung sey nur bey beweglichen nicht cohärirenden Sachen erforderlich. Grade umgekehrt; eben bey den cohärirenden ist es, daß die Römischen Rechtsgelehrten ihrer ausdrücklich gedenken. Z. B. Ziegel, die für das Haus bestimmt, etwa schon im Hause befindlich sind, gehören nicht eher zum Hause, als bis sie dem Dach aufgelegt sind [21]). Ueberhaupt lehrt Ulpian [22]).

> Item quod insulae causa paratum est, si nondum perfectum est, quamvis positum in aedificio sit, non tamen videtur aedium esse.

Und weiter [23]):

> Quae parata sunt, ut imponantur, non sunt aedificii.

Es beschränkt sich dies auch nicht auf Pertinenzien der Gebäude, sondern gilt allgemein. Daher bey Grundstücken die Rebpfähle, welche der Eigenthümer angeschafft hat, in der Absicht, sie

---

21) *L.* 18. §. 1. *D. de act. emt. et vend.* Tegulae quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in rutis et caesis habentur.

22) L. 17. §. 5. D. de act. emt. et vend.

23) L. 17. §. 10. D. de act. emt. et vend.

in den Weinberg einzusenken, erst dann zum Weinberg gehören, wenn sie wirklich eingesenkt sind [24]).

Daraus folgt nun wenigstens soviel, daß der Wille allein nicht hinlänglich sey, sondern wirkliche Einverleibung hinzukommen müsse.

Wir dürfen annehmen, daß die Römischen Rechtsgelehrten in dieser ganzen Materie immer von denselben Grundsätzen ausgingen. Namentlich wandten sie, irren wir nicht sehr, was von Pflanzen und Gebäuden im Verhältniß zu liegenden Gründen gilt, auch auf die beweglichen Sachen im Hause an. Wie nämlich Pflanzen und Bäume dem Boden angehören, in dem sie wurzeln, und ebenso feststehende Gebäude als Theile des Bodens anzusehen sind; also muß auch, mit streng bindender Analogie, was am Gebäude befestigt ist, dem Gebäude anheimfallen. Oder vielmehr: Es liegt hier eine allgemeine Idee zum Grunde, die bald auf liegende Gründe, bald auf Gebäude angewandt, bey jenen durch die Regel ausgesprochen:

Fundi nihil est, nisi quod *terra* se tenet,

bey dieser auch nicht ganz im Sinne behalten ist, und die etwa also lauten würde:

damit etwas Pertinenz sey, muß es als Theil anzusehen seyn, und damit es als

---

24) *L.* 17. §. 11. *D. eodem.* Pali, qui vineae causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt.

Theil anzusehen sey, muß es der Hauptsache inhäriren, mit ihr auf irgend eine Art zusammenhängen.

Daß es die Regel sey, wie das Cohärirende als solches zum Gebäude gehöre, daran kann nicht wohl gezweifelt werden. Selbst schon der Ausdruck: *fixa vincta* lehrt dies, als welcher mit Zubehör gleichbedeutend genommen wird. Auch ist jene Regel, angewandt auf bewegliche Sachen, in einer Stelle des Celsus nicht undeutlich enthalten.

L. 38. §. 2 *D. de act. emt. et vend.*

—— Quid ergo, si nihil de ea re neque emtor, neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in ejusmodi rebus evenisse solet? *Nonne proprius est, ut inserta et inclusa aedificio partem ejus esse existimemus.*

Zwey Regeln kann man hiernach aufstellen:
1. was cohärirt, ist Pertinenz, und umgekehrt
2. was nicht cohärirt, ist es nicht.

Beyde Sätze sind Regeln und beyde nicht ohne Ausnahmen.

Man kann nämlich, was zuvörderst die erste Regel betrifft, als wovon für jetzt nur die Rede ist, nicht schlechterdings von allem, was cohärirt, sagen, es sey Pertinenz. Manches gehört zum Geräthe im Hause und wird dabey dem Hause nicht einverleibt, sondern nur auf eine leichte

Art mit dem Hause in Verbindung gesetzt, damit es nicht umfalle, nicht herabfalle, besser benutzt werden könne.

Labeo gibt die allgemeine Regel: was nicht zum beständigen Gebrauch beym Hause sich befindet, sondern nur einstweilen, gehört nicht zum Hause.

L. 17. §. 7. D. de act. emt. et vend.

Labeo generaliter scribit, ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse: quae vero ad praesens, non esse aedificii: utputa fistulae, temporis quidem causa positae, non sunt aedium: verum tamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt.

Es ist indessen sehr die Frage, ob Labeo hier an cohärirende Sachen gedacht habe. Er wollte wohl nur von Sachen reden, die sich im Hause, nicht am Hause befinden. Bezieht man diese Stelle auf cohärirende Sachen, so würde, wie es scheint, der Satz, den Labeo vorträgt, mit der vorhergegebenen Regel und der Idee, die bey ihr zum Grunde liegt, nicht sonderlich übereinstimmen, wenigstens dürfte man den Satz des Labeo nicht so verstehen, als komme es immer darauf an und müsse daher in einem gegebenen Fall jedesmal besonders untersucht werden, ob der Eigenthümer den Willen gehabt habe, die Sache für beständig mit dem Hause zu verbinden.

Unsern Rechtsgelehrten zufolge ist alles dasjenige nicht Pertinenz des Hauses, was ein Künstler oder Handwerksmann, als Besitzer des Hauses, um seines Gewerbes willen, also nur auf eine vorübergehende Art im Hause befestigt hat. Ja, sie gehen soweit, daß sie dies auf jede Art der Cohäsion anwenden. Ihnen zufolge würde keine Art der Verbindung fest genug seyn, daß nicht unter besondern Umständen anzunehmen wäre, Sachen dieser Art gehörten nicht dazu und dürften, obgleich vom Handel nicht namentlich ausgeschlossen, davon getrennt werden.

Leyser [25]) — beyläufig gesagt, zwar lange nicht der gelehrteste, aber gewiß einer der talentvollsten unsrer Rechtsgelehrten, an Witz, Leichtigkeit, Darstellungsgabe unvergleichlich — erzählt einen Rechtsfall, da ein Färber sein Haus an einen Doctor verkaufte, der ihm nicht erlauben wollte, den eingemauerten Färbekessel mit hinweg zu nehmen. In dem darüber entstandenen Rechtsstreit trug der Färber gegen den Doctor den Sieg davon und die Entscheidung würde wahrscheinlich ebenso ausgefallen seyn, wenn der Käufer kein Doctor, sondern seines Handwerks ebenfalls ein Färber gewesen wäre.

Ob diese Entscheidung, ob die Grundsätze, worauf sie beruht, so allerdings richtig gewesen, daran ist billig zu zweifeln.

---

25) Spec. 210. med. 10.

Ulpian lehrt zwar:

— — Multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villae haberi; utputa vasa vinaria, torcularia: quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent [26]).

Aber Ulpian spricht von Sachen, welche in die Erde gegraben sind, und da das Eingraben eine der schwächsten Verbindungsarten ist, die am leichtesten wieder aufgelöst werden kann und nach der Trennung kaum die Spur zurückläßt, so möchte daraus für jene Meinung der Beweis schwerlich herzuholen seyn.

Was dafür angeführt werden kann, zwischen den Arten der Verbindung nicht zu unterscheiden, ist, außerdem, was ein durchgreifender fester Grundsatz Gutes hat, die allgemeine Lehre des Labeo:

Ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, *quae vero ad praesens, non esse aedificii.*

Ich habe schon gesagt, daß Labeo schwerlich von cohärirenden Sachen zu verstehen sey. Zwar führt er als Beyspiel an Brunnenröhren, die nicht zum Hause gehören, wenn sie nur für eine Zeitlang hingelegt sind; indessen ist die Frage, ob er dabey an dergleichen Röhren, die unter der Erde liegen, gedacht habe. Nimmt man dies

---

26) L. 17. pr. D. de act. emt. et vend.

aber auch an, so würde doch von diesem Beyspiel nur dasselbe gelten, was ich so eben über die Lehre Ulpians von Sachen, welche die Erde umhüllt, gesagt habe.

Indessen mag es seyn, das Labeo an cohärirende Sachen, und zwar an solche überhaupt, mitgedacht habe; — ungeachtet dieser Lehre des Labeo finde ich doch, daß die Römischen Rechtsgelehrten im Einzelnen in der Regel alles, was cohärirt, zum Gebäude rechnen, wenn es auch auf das Gebäude nicht die geringste Beziehung hat, und ohne daß dabey von der Absicht des Eigenthümers über die Dauer der Verbindung die Rede wäre. Bloß darauf nehmen sie Rücksicht, auf welche Art eine Sache mit dem Gebäude verbunden ist, ob sie nämlich in der Art befestigt worden, daß sie als Theil angesehen werden kann; denn daran dachten sie in dieser Sphäre immer, die alten Römischen Juristen. Sie rechnen daher alles, was wirklich befestigt ist, zum Gebäude, und, wenn sie von der Regel, das Cohärirende ist Pertinenz, Ausnahmen zulassen, so finde ich nur, daß es Dinge betrifft, die eingegraben sind, also von der Erde nur eingehüllt werden, mit dem Gebäude selbst nicht unmittelbar zusammenhängen und sich ohne Schaden der Hauptsache leicht davon trennen lassen. Ulpian hütet sich wohl, zu sagen:

Multa etiam *affixa* esse, neque tamen fundi aut *villae* haberi;

nein, er sagte Defossa.

Aber selbst bey dieser leichtesten Art der Cohäsion finde ich, daß nicht alle Römische Juristen einig waren. Einige hielten, wie es mir scheint, mehr, andere weniger strenge über den Grundsatz, was cohärirt, gehört zum Gebäude. Dadurch erklärt sich der nicht bloß scheinbare Widerspruch in Ansehung der Weinfässer. Ulpian rechnet sie, wie wir hörten, zum Instrument, und wenn sie auch in die Erde gegraben sind, gehören sie nicht zum Hause [27]). So wie Ulpian, dachte auch Scävola [28]). Hingegen Pom-

---

27) S. auch Ulpians übereinstimmende Aeußerung in *L.* 15. §. 6. *D. de usu fructu.* Proprietatis dominus non debebit impedire fructuarium ita utentem, ne deteriorem ejus conditionem faciat. De quibusdam plane dubitatur, si eum uti prohibeat, an jure id faciat, utputa doliis si forte fundi usus fructus sit legatus? Et putant quidam et si defossa sint, uti prohibendum, idem et in feriis et in cuppis, in cadis et amphoris: putant idem et in specularibus, si domus ususfructus legetur. Sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi, vel domus contineri.

28) *L.* 93. §. 4. *D. de leg.* 3. Collegio fabrorum fundum cum sylvis, quae ei cedere solent uti optimus maximusque esset, legavit, quaero: an ea quoque, quae in diem mortis ibi fuissent, (i. foenum, pabulum, palea: item machinae, vasa vi-

pvnius zählt die Weinfässer zum Zubehör. Was haben Weinfässer mit dem Grundstücke gemein? dennoch gehören sie nach ihm zum Grundstücke, obgleich von keinem Gebäude die Rede, was zum Weinmagazin bestimmt ist, wenn sie nur cohäriren [29]).

---

naria, id est, cuppae et colia, quae in cella defixa sunt: item granaria) legata essent? Respondit, non recte peti, quod legatum non esset.

29) Ebenso Handmühlen und Pressen, unter gleicher Voraussetzung. Doch scheint es, daß bey Mühlen auf die Art der Befestigung Rücksicht genommen ward und Pomponius diese Rücksicht nicht zu mißbilligen. Dies Letztere läßt sich leicht dadurch erklären, daß die (beweglichen) Mühlen der Römer gewöhnlich vielleicht gar nicht, vielleicht nur auf eine leichte Art befestigt wurden. *L.* 21. *D. de instr. vel instr. leg.* Cum fundus sine instrumento legatus sit, dolia, molae olivariae et praelum es quaecunque infixa inaedificataque sunt, fundo legato continentur; nulla autem ex his rebus, quae moveri possunt, paucis exceptis, fundi appellatione continentur. De molis tum quaerei solet, cüm ita adfixa, itave inaedificatae sint, ut partes aedificiorum esse videantur.

Es gibt noch eine Stelle, die von doliis infossis handelt und von Labeo herrührt. *L.* 54. §. 1. *D. de act. emt. et vend.* Si dolia octoginta accedere fundo, quae infossa essent, dictum erit, et plura erunt, quam ad eum numerum, dabit emptori ex omnibus, quae vult, dum integra det, si sola octoginta sunt: qualiacumque emptorem sequen-

Die einzige Möglichkeit den Widerspruch zu heben, möchte seyn, wenn man annehmen wollte, Ulpian und Scävola redeten von Weinfässern, welche in die Erde gegraben oder der Erde eingesenkt (defixae) sind: Pomponius hingegen von solchen, die auf andere Art befestigt worden; dann würde freilich der Widerspruch verschwinden, aber dadurch noch mehr bestärkt werden, was hier behauptet wird, daß alles, was wirklich befestigt ist, zum Gebäude gehört.

In der That wird dadurch auch die Regel des Labeo, wenn man sie nämlich überhaupt auf cohärirende Sachen mit beziehen darf, nicht grade umgestoßen; sie wird nur in der Anwendung geleitet. Das, was beständig beym Hause bleiben soll, gehört nach ihm zum Hause. Aber dies ist keinesweges so zu verstehen, als müsse in einzelnen Fällen, in Erwägung aller Umstände und namentlich der Art der Sache (nämlich der Nebensachen, denn die Art und Bestimmung des Gebäudes kann allerdings in Betrachtung kommen), jedesmal besonders untersucht werden, ob der Eigenthümer jene Absicht gehabt habe,

---

tur: nec pro non integris quicquam ei venditor praestabit.

Aus dieser Stelle ist nichts zu schließen. Dadurch (eo ipso), daß dem Käufer eine bestimmte Zahl versprochen worden, waren die übrigen durch Vereinbarung vom Handel ausgeschlossen.

oder nicht. Nein, es kömmt auf die Art der Verbindung an und bey wirklich befestigten Sachen ist jene Absicht immer als vorhanden anzunehmen: — so daß gar nicht weiter darnach zu forschen ist, ob in einem gegebenen Fall der Eigenthümer diese oder eine entgegengesetzte Absicht gehabt habe. Alles, was wirklich fest gemacht ist, das ist auch „perpetui usus causa in aedificiis.“

Hier ist es Zeit, einer merkwürdigen Aeußerung des Javolenus zu gedenken: von thönernen oder bleiernen Gefäßen, die mit Erde erfüllt sind, worin etwas Grünes gepflanzt, ein kleines Gärtchen angelegt ist, lehrten Labeo (also grade Labeo) und mit ihm Trebatius, sie gehören zum Hause. Nicht ohne Unterschied, sagt Javolenus; es kömmt auf die Art der Befestigung an.

L. 26. D. de inster. vel instr. leg.

Dolia fictilia, item plumbea, quibus terra adgesta est et in *his* (also doliis) viridaria posita, aedium esse Labeo et Trebatius putant: ita id verum puto, si *ita* illigata sint aedibus, ut ibi perpetuo posita.

Also hielte auch Javolenus dafür, es komme darauf an, ob die Nebensache für beständig oder ob sie nur für eine Zeitlang beym Hause bleiben soll; aber dies zu beurtheilen, kommt es nach ihm bloß auf die Art der Verbindung an.

Was nun gar eingemauerte Sachen betrifft, also einen Fall, wo die Verbindung auf die allerfesteste, dauerhafteste Art von der Welt bewerkstelligt worden, scheint mir die Theorie unserer Rechtsgelehrten von den Ansichten der Römischen Juristen, wie der Himmel von der Erde, entfernt zu seyn.

Dabey ist auch nicht ganz zu übersehen: Wo die Verbindung auf eine so gewaltsame Art aufgelößt werden muß, wie namentlich bey Sachen, welche eingemauert sind, kann es da wohl ohne Beschädigung des Hauses abgehen? Zwar, dies kann allenfalls wieder gut gemacht werden; aber der Erwerber hat grade nicht nöthig, es zu leiden, daß das Haus beschädigt werde, wenn der Veräußerer auch bereit ist, den Schaden wieder zu verbessern. Freilich fühle ich wohl, das Letztere sieht einer Petitio Principii nicht unähnlich; aber es liegt doch etwas darin, was mich, so oft ich daran denke, stutzig macht. Ohnehin ist dies nur ein Nebengrund.

Wir gehen nun zu der zweyten Classe der Pertinenzien über, — auf welche jene Regel des Labeo wenigstens hauptsächlich zu beziehen ist.

II. Es gibt einige Sachen, die mit dem Hause nicht fest verbunden sind, und so zu sagen, von ihm nicht festgehalten werden, deren Natur und Bestimmung es aber mit sich bringt, daß sie beständig bey dem Hause bleiben und ihm angehören sollen. Diese Sachen sind von der Art, daß

die Hauptsache ihrer nicht entbehren kann, sie aber wiederum getrennt von der Hauptsache nicht bestehen können, oder doch ihren Werth verlieren, indem sie für die Hauptsache besonders eingerichtet und ihr angemessen sind. Sachen dieser Art gehören ebenfalls zum Hause. Auf sie bezieht sich der Ausdruck des Ulpian.

Aedibus distractis vel legatis, ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium *vel propter aedes habentur*, ut puta puteal [30]). Puteal, setzt Pomponius [31]) sogleich hinzu, id est, quo puteum operitur.

Ferner:

Aedium multa esse, quae aedibus affixa non sunt, ignorari non oportet [32]).

Nach der gewöhnlichen Lehre gehört überhaupt alles zum Zubehör, was zwar nicht cohärirt, jedoch zum beständigen Dienst der Hauptsache bestimmt ist, was auch Kraft dieser Stelle, so wie vermöge einer andern Aeußerung Ulpian's [33]) nicht grade zu verwerfen ist. Nur werden außer den angegebenen wenige seyn, von denen sich die Einverleibung behaupten und beweisen läßt. Wodurch will man zeigen, daß der Eigenthümer den

30) L. 13. §. 31. D. de act. emt. et vend.
31) L. 14. eod.
32) L. 17. pr. D. eod.
33) L. 41. §. 12. D. de leg. 1.

Willen hatte, diese nicht cohärirende Sache solle beständig beym Hause bleiben? —

Sachen dieser Art sind es, bey welchen der Wille des Eigenthümers besonders in Betrachtung kömmt. Diese werden Pertinenzien durch seinen Willen, nur ist auch hier der Wille nicht allein hinlänglich.

Von den cohärirenden Pertinenzien haben wir gesehen, daß sie erst durch die wirkliche Vereinigung mit dem Hause zu Pertinenzien werden. Bey dieser zweyten Classe schweigen die Römischen Rechtsgelehrten von einer solchen oder ähnlichen Verbindung. Indessen auch diese nicht cohärirenden Pertinenzien werden es schwerlich bloß dadurch, daß sie z. B. angeschafft sind. Zwar ist wohl nicht grade, außer der Bestimmung, erforderlich Gebrauch und Anwendung, wie man vermeint — denn, wo steht das geschrieben? — wohl aber ist nach der Analogie anzunehmen, daß Annäherung derselben an die Hauptsache erforderlich sey, und zwar eine so enge, als die Natur und Bestimmung dieser Objecte mit sich bringt. Denn, was ist am Ende für ein Unterschied, ob ein Pfal in der Erde steckt oder ein Schlüssel im Schloß? Kurz es ist auch hier das Factum der Einverleibung oder ein Analogon derselben, was Pertinenzien macht. Daher würden, glaube ich, z. B. unbefestigte Statüen, die der Eigenthümer angeschaft hat, in der Absicht, sie dem Hause einzuverleiben, nicht eher zum Hause ge-

ren, als bis sie in dieser Absicht aufgestellt sind.

Diese zweyte Classe begründet Ausnahmen von der Regel. Die Regel war: Sachen, die nicht cohäriren, sind keine Pertinenzien.

Ausnahmen: Es sey denn, daß sie

1. vermöge ihrer Natur oder

2. daß sie in diesem besondern Fall, nach dem Willen des Eigenthümers, bestimmt sind, beständig beym Hause zu bleiben.

Indessen sind diese Ausnahmen mehr nur scheinbar. Es ist hier doch auch eine Vereinigung, wenn sie gleich nicht so enge ist, wie bey der vorigen Classe [34]).

Jetzt eine Bemerkung, welche für beyde Arten der Pertinenzien gemeinschaftlich ist.

Die Formel, deren die Practiker sich bedienen, um Pertinenzien zu bezeichnen, erfüllt ihren Zweck nicht. Denn der Ausdruck: Alles, was Erd- Wand- Band- Mauer- Niet- und Nagelfest ist, umfaßt mehr, als, was zu den Pertinenzien gehört, — und auch weniger. Denn grade nicht durchgehends alles, was cohärirt, ist Pertinenz und das, was an der Wand oder am Band hängt, gar nicht; daher ist der Ausdruck zu weit; und einiges ist Pertinenz und cohärirt doch nicht; also

---

34) Nur bey Gebäuden, nicht bey liegenden Gründen andrer Art, gibt es Pertinenzien, welche zu dieser Classe gehören. L. 17. pr. D. de act. emt. et vend.

ist der Ausdruck zu eng. Nur dann ist es erlaubt, sich dieses Ausdrucks, ganz oder zum Theil, zu bedienen, wenn es wirklich die Meinung der Contrahenten ist, daß alles, was cohärirt u. s. w., mit dem Gebäude veräußert seyn soll, es mag schon an und für sich dazu gehören oder nicht; — und nur dann kann diese Formel von Nutzen seyn. Im entgegengesetzten Fall drücken diese Worte etwas anders aus, und reichen weiter, als worauf ihr Wille gerichtet war. Ja, wenn sie bloß die Pertinenzien meinten, war es gar nicht nöthig, dies besonders auszudrücken, da die Pertinenzien der Hauptsache folgen und schon von selbst mit veräußert sind. Will man ihrer indessen besonders gedenken, so darf man ja nur sagen: mit allem Zubehör.

Statt die Meinung der Contrahenten falsch auszudrücken oder etwas Ueberflüssiges zu sagen, ist es rathsam, Sachen, deren Pertinenzialqualität zweifelhaft ist, ausdrücklich zu benennen, — nämlich sie entweder ausdrücklich mit zu veräußern oder sie ausdrücklich auszuschließen. Will z. B. ein Künstler oder Handwerksmann, daß seine Geräthschaften; z. B. der eingemauerte Färbekessel, nicht mit veräußert seyn sollen; nun gut, so nehme er sie aus.

§. 9.

Ob Sachen, welche zur Perfection des Ganzen nicht erforderlich, von der Classe der Pertinenzien auszuschließen? — Unterscheidung zwischen Pertinenzien und integrirenden Theilen.

Es entsteht die Frage:

Sind Sachen, die beym Hause grade nicht nöthig sind, sondern nur zur Zierde, zum Prunk u. s. w. dienen, bloß zum Hausrath zu rechnen, können sie nicht auch Pertinenzien seyn? Gewöhnlich wird behauptet, Sachen, die bloß zieren, zum Schmuck oder Luxus dienen, überhaupt alles, was zur Perfection des Ganzen nicht nöthig, sey auch befestigt zu dem, was wir alles unter dem Ausdrucke Mobilien verstehen, zum Zubehör aber nicht, zu zählen, eine Meinung, welche auf eine Aeußerung des Pomponius sich gründet.

In der Natur zierender Sachen liegt an und für sich durchaus kein Grund, weshalb sie aus der Reihe der Pertinenzien auszuschließen wären.

Wenn der Regel nach alles Pertinenz ist, was mit dem Hause cohärirt oder ihm einverleibt ist, so ist diese Regel auch auf Sachen anwendbar, welche grade bestimmt sind, das Haus selbst oder einzelne Theile desselben zu zieren. Und obwohl es oftmals schwer ist, Hausgeräth und Pertinen-

zien zu unterscheiden — grade hier tritt diese Schwierigkeit weniger ein, als anderswo.

Die Stelle des Pomponius unterstützt freilich scheinbar die gewöhnliche Meinung.

L. 245. *D. de Verb. Sign.*

Statuae affixae basibus structilibus, aut tabulae religatae catenis, aut erga parietem adfixae, aut si similiter cohaerent lychni, non sunt aedium: ornatus enim aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur. *)

Daß Gemälde oder Lampen (lychni), die an der Wand an kleinen Ketten hängen oder ihr angeheftet sind, zum Hause nicht gehören, scheint eben nicht auffallend zu seyn; was aber Statüen betrifft, so behauptete von dem, was Pomponius lehrt, Papinian, wie Ulpian berichtet, grade das Gegentheil.

L. 12. §. 23. *D. de instr. vel instrum. leg.*

Papinianus quoque lib. 7. Responsorum ait: Sigilla et statuae adfixae instrumento domus non continentur, inquit, *sed domus portio sunt.*

Ja, nicht bloß die Statüen, welche befestigt sind, rechnet Papinian zum Zubehör des

---

*) Selbst der große Cajus hat diese Stelle mißverstanden, denn, er macht zu dieser Stelle die Bemerkung: Statuae adsunt ornatus causa *et adfiguntur, ne decidant, non ut perpetuo maneant.*

Hauses, sondern, wie wir so eben hörten, auch Zierrathen andrer Art, kleine Figuren, die an der Wand angebracht sind (sigilla). Nicht Papinian allein, auch Ulpian zählt Statüen und Figuren dieser Art (statuas et sigilla) zu den Pertinenzien, in einer Stelle, die wir in der Folge noch einmal kennen lernen werden. Dies ist auch der Regel gemäß, daß alles, was cohärirt, für eine Pertinenz zu halten sey, eine Regel, welche, falls nicht in concreto aus der Art der Cohäsion das Gegentheil herzuleiten ist, nämlich, daß die Verbindung nur für eine Zeitlang geschehen, anzuwenden ist und die eben, weil sie Regel ist, in zweifelhaften Fällen immer den Ausschlag geben müßte.

Der Grund des Pomponius und seine daraus zu schließende Meinung, was Pertinenz seyn solle, müsse nicht zieren, sondern zur Vollendung des Ganzen dienen, zu welchen Folgerungen könnte er nicht führen? Wie viel Zierrathen bringen wir nicht an unsern Häusern an, auswendig und inwendig, die zur Perfection des Ganzen nicht nöthig sind, und doch beym Hause bleiben sollen, in Ansehung deren es keinem Veräußerer in den Sinn kömmt, sie hinweg zu nehmen! Müßte man nicht, nach seinen Grundsätzen, selbst dem Garten hinter dem Hause die Pertinenzialqualität streitig machen, der bloß dazu dient, den Besitz des Hauses angenehm zu machen? Aber freylich, Pomponius dachte in jenem Augenblick bloß an be-

wegliche Nebensachen bey Häusern. Doch auch bey diesen trug er höchstens bloß seine Meinung vor, die mit den Ansichten andrer Römischer Juristen und, was noch die Hauptsache ist, mit den allgemeinen Grundsätzen dieser Materie nicht übereinstimmen, zu ihnen vielmehr passen würde, wie etwa — die Faust aufs Auge.

Nach den Grundsätzen des Pomponius (wie er nämlich gewöhnlich verstanden wird) würden auch die Tapeten, welche die Wände unsrer Zimmer schmücken, zum Hause vielleicht nicht gerechnet werden können; wirklich zählt sie, durch ihn verleitet, Leyser [35]) zu den Mobilien; richtiger, wenn auch nicht so consequent, rechnet Westphal *) der auch zierende Sachen von der Reihe der Pertinenzien ausschließt und welcher den Pomponius gleichfalls mißverstanden, sie zum Zubehör. Indessen möchte man in diesem Fall, unbeschadet der Grundsätze des Pomponius (wie er nämlich gewöhnlich verstanden wird), den Tapeten die Pertinenzialqualität vindiciren können. Die Tapeten dienen nicht bloß die Wand zu schmücken; sie bekleiden sie auch zur Nothdurft; nicht zu gedenken, was Westphal bemerkt, daß sie, für diese Wand eingerichtet, anderswo nicht immer eben so gut passen.

---

35) Spec. 26. med. 7.

*) in der Abhandlung von den Pertinenzstücken eines verkauften Hauses. §§. 14. 16. 21.

Besonders dann würde die Pertinenzialqualität einer befestigten Statüe wohl nicht bezweifelt werden, wenn der Ort, wo sie sich befindet, für Statüen eingerichtet wäre, z. B. es befänden sich Blenden in der Wand, bestimmt, durch Statüen ausgefüllt zu werden oder auf dem Dach wären eiserne Stangen eingemauert für darauf zur Zierde des Hauses aufzustellende Statüen. In diesen beyden Fällen könnte man den befestigten Statüen die Pertinenzialqualität beylegen, vielleicht ohne einmal dem Pomponius (wie er nämlich gewöhnlich verstanden wird) zu widersprechen, weil in Fällen dieser Art die Statüen als so etwas angesehen werden können, was zur Perfection des Ganzen gehört.

Doch, wenn man die Meinung des Pomponius genau erwägt und strenge an seine Worte sich bindet, so würde darnach nichts Pertinenz seyn, als was einen integrirenden Theil der Hauptsache ausmacht.

Und diese Bemerkung wird uns am Ende auf die richtige Auslegung dieser Stelle führen. Nämlich diese Stelle ist nicht so zu verstehen, als bestreite Pomponius den befestigten Statüen die Pertinenzialqualität, sondern er spricht an dieser Stelle nur von solchen Sachen, die keine wirkliche Theile eines Hauses ausmachen, weil sie nicht zur Perfection des Ganzen erforderlich sind und

unter den Beyspielen, die er aufführt, kommen Sachen vor, die Pertinenzien und solche, die es nicht sind, die aber alle das Gemeinschaftliche haben, daß sie keine wesentliche Bestandtheile des Hauses ausmachen. Ja, es scheint mir sogar, daß Pomponius alle in jener Stelle aufgeführten Stücke, also nicht bloß die Statüen, sondern auch die Gemälde und Lampen, welche an Ketten hängen oder an der Wand befestigt sind — von solchen spricht er — zum Zubehör rechnete. Man kann sich am Beßten in seinen Geist versetzen, wenn man annimmt, als wollte er lehren: diese Sachen, die doch Pertinenzien sind, sind keine integrirende Theile des Hauses. Es ist also diese Stelle auf das, was wir Pertinenzien nennen, hauptsächlich gar nicht zu beziehen und dies wird dadurch bestätigt, daß sie dort nicht vorkömmt, wo von Pertinenzien gehandelt wird, sondern in dem Titel *de Verborum Significationibus* [36]).

---

36) Paulus Bustius (Com. in π, ad tit. de instr. vel instrum. leg.) macht zu der Stelle des Papinian L. 12. §. 23. D. de instr. vel instrum. leg. folgende Bemerkung: Quaeritur, an statuae domui adfixae recte dicantur portio ejus, quod magis est, *ut hic.* Nec obstat L. penult. de Verb. Sign., quod ibi statuae affixae aedium pars esse negantur, ideo

Mir ist es völlig klar, daß Pomponius durchaus mißverstanden sey, als man seine Aeußerung auf Pertinenzien bezog. Und das mußte grade ihm begegnen! Er soll befestigten Statüen die Pertinenzialqualität absprechen; er soll behaupten, nichts sey Pertinenz, was nicht zur Vollendung des Ganzen gehört. Dies hättest Du gelehrt, mein Pomponius, der Du, wir hörten es ja kurz zuvor, sogar Handmühlen, Weinpressen und Weinfässer zum Zubehör rechnetest, wenn sie befestigt sind! Nein, wohl erkanntest Du die allgemeinen Grundsätze dieser Materie und strenge wandtest Du sie an: nicht länger stehst Du mit Deinen Mitbrüdern in Widerspruch, und was, mißverstanden, wie es ward, den hellen Glanz Deines Ruhms, oder des Ruhms, der Dir wenigstens nach meinem Urtheil gebührt, verdunkelt hätte, grade das gereicht, richtig verstanden, Dir zur höchsten Ehre. Du allein erkanntest den Unterschied zwischen Pertinenzien und integrirenden Theilen, und gabst ihn treffend an [37]).

---

pertinet, quod non sint partes necessariae, sed quae tantum ornatus causa adhibeantur, *ut in d. l. pen.* quod vero hic partes esse dicuntur, ita accipiendum est, ut secundum quid partes intelligantur, accessoriae videlicet, ut scilicet hac ratione distinguantur ab instrumento domus legato.

37) Daß Pomponius, nach der Sitte seiner Zeit, mit dem Studio des Rechts, Studium der Philosophie verband, bemerkt Heineccius (histor. jur. Rom.

Ja, ein Umstand, der dieser Auslegung auf den ersten Anblick hinderlich zu seyn scheint, muß ihr am Ende noch zur Bestätigung dienen. Nämlich Pomponius spricht:

> Statuae *basibus structilibus affixae* aedium non sunt;

so als wollte er sagen:

> selbst dann sind Statüen keine integrirende Theile, wenn sie auch eingemauert, also auf die stärkste Art befestigt sind, wie Statüen nur befestigt werden könnten.

Ich habe oben gelehrt, daß sogar unbefestigte Statüen Zubehör des Hauses seyn können, indem ich sie als Beyspiel nicht cohärirender Pertinenzien aufgeführt, und wir werden in der Folge durch eine Stelle Ulpian's die Bestätigung davon erfahren. Dieser Umstand zerstreut vollends jeden möglichen Zweifel an der Richtigkeit dieser Erklärung.

Also zur Pertinenzialqualität ist nicht erforderlich, daß eine Sache zur Perfection des Ganzen nöthig sey. Was zur Perfection des Ganzen nöthig ist, das grade macht einen integrirenden Theil des Ganzen aus, und ist von Pertinenzien in eigentlicher Bedeutung zu unterscheiden.

---

§. 310.) und führt zum Beweise L. 121. D. de V. S. an. Nicht sie, — diese Stelle hätte Heineccius anführen müssen.

§. 10.

Beyspiel von Pertinenzien, deren im Römischen Recht ausdrücklich Erwähnung geschieht, auch von solchen, die es nicht sind.

Außer den Beyspielen, welche schon bey Gelegenheit vorkommen, ist hier einiger anderer zu gedenken und zuvörderst solcher, die im Römischen Recht enthalten sind, wiewohl freilich manche derselben, aus Mangel einer genauen Kenntniß der häuslichen Einrichtungen der Römer, nicht so gewürdigt werden können, als wenn von Dingen die Rede wäre, die wir selbst mit Augen gesehen hätten.

I. Beyspiele cohärirender Pertinenzien.

1) *L.* 15. §. 25. *D. de instr. vel instrum. leg.*

Specularia quoque adfixa, magis puto domus esse partem: nam et in emtione domus et specularia et pegmata cedere, sive in aedificio sunt posita, sive ad tempus detracta. Sed si non sint reposita, ad hoc tamen sint, ut suppleantur, si qua desint, instrumento potius continebuntur.

Specularia sind Fenster. Sie wurden aus Spiegelstein verfertigt, einem durchsichtigen Stein, der besonders in Spanien gefunden wurde [38]),

38) *Plin.* hist. nat. lib. 36, cap. 22.

und sich in dünne Blätter theilen läßt, deren sich die Alten, statt des Glases, bedienten [39]). Die Pertinenzialqualität derselben kann nicht bezweifelt werden, da sie sogar einen integrirenden Theil des Hauses ausmachen.

Was unter *Pegmata* eigentlich gemeint sey, ist nicht recht klar. Bey den alten Grammatikern findet sich nichts darüber. Wenn es bey den Lexicographen heißt: Pegmata sind bretterne Maschinen, Gerüste oder wie damit übereinstimmend Brisson [40]) das Wort erklärt, *Pegma* bedeutet eine Unterlage (*substructio*) und kömmt besonders bey Theatern vor, — so mag dies immerhin wahr seyn, gibt aber über die Art und Bestimmung dieser Maschinen nicht Aufschluß genug. wenigstens nicht so viel, als nöthig ist, um einzusehen, weshalb sie zu den Pertinenzien gerechnet wurden. Da sie hier in Gesellschaft der Fenstern vorkommen, scheint es, daß sie damit in besonderer Verbindung standen. Pitiskus [41]) meint, unter Pegmata seyen antepagmata hier zu ver-

---

39) *Leyser* spec. 26. med. 7. Bey größerm Luxus bediente man sich zu diesem Behuf, statt des lapis specularis, des Phengites, eines durchsichtigen Marmors. Eschenburg Handbuch der class. Literatur. S. 576. Doch gab es (in spätern Zeiten) auch Fenster, die aus Glas gemacht waren. *Pitiscus* Lex. ant. Rom. s. h. v.

40) s. h. v.

41) Lexicon antiquitatum Romanarum, s. h. v.

stehen, eine an den Eckwandpfeilern befestigte, der Thür zur Zierde dienende Verkleidung [42]). Eher möchte aber wohl darunter eine zum Schutz oder zur Zierde dienende Verkleidung an den Fenstern hier gemeint seyn.

Sind die Specularia oder Pegmata noch nicht wirklich eingesetzt oder angebracht, sondern sie befinden sich nur als Vorrath im Hause, um den etwanigen Abgang zu ersetzen, so gehören sie noch nicht zum Hause, in Gemäßheit dessen, was oben vorgetragen, durch diese Stelle aufs Neue bestätigt wird. —

2) *L.* 17. §. 3. *D. de act. emt. et vend.*

Quae tabulae pictae pro tectorio includuntur, itemque crustae marmoreae, aedium sunt.

Zufolge dieser Stelle gehören Gemälde, welche namentlich in die Wand als Bekleidung derselben eingeschlossen sind, wo also die Gemälde die Wand gleichsam selbst bilden helfen, zum Hause; imgleichen gehört zum Hause eine solche Wandbekleidung von Marmor.

3) *L.* 38. §. 2. *D. eod.*

Firmus a Proculo quaesiit, si de plumbeo castello fistulae sub terram missae, aquam

---

42) Er sagt: Pegmata vocantur in privatis aedibus antepagmata, quae valvarum sunt ornamenta, affixa antis.

ducerent in aënum lateribus circumstructum, an hae aedium essent? an ut ruta caesa vincta fixaque, quae aedium non essent? Ille rescripsit, referre quid acti esset. Quid ergo, si nihil de ea re neque emtor neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in ejusmodi rebus evenisse solet? Nonne proprius est, ut inserta et inclusa aedificio partem ejus existimemus.

Alſo ein bleierner Röhrkaſten, die Röhren, welche, unter der Erde liegend, aus ihm das Waſſer in den eingemauerten Keſſel im Hauſe führen, dieſer Keſſel ſelbſt — gehören zum Hauſe.

4) *L.* 13. §. 31. *D. eod.*

(Aedium sunt) ut puta puteal: *L.* 14. *eod.* id est, quo puteum operitur. *L.* 40. §. 6. *D. de contrah. emt.* Rota quoque, per quam aqua traheretur, nihilo minus aedificii est, quam situla. *L.* 15. *D. de act. emt.* Lines et labra, salientes, fistulae quoque, quae salientibus junguntur, quamvis longe excurrant extra aedificium, aedium sunt. Item canales. — — *L.* 17. §. 8. *eod.* Castella plumbea, putea, opercula puteorum, epitonia fistulis adplumbata, aut quae terra continentur, quamvis non sint adfixa, aedium esse constat. §. 9. Item constat, sigilla, columnas quoque, et personas, ex quarum rostris aqua salire

solet, villae esse. *L.* 12. §. 24. *D. de instr. vel instrum. leg.* Fistulae autem et canales et crateres, et si qua sunt alia ad aquas salientes necessaria; item serae et claves, magis domus portio, quam domus instrumentum sunt.

Also Brunnen (putea), den Brunnendeckel, beym Ziehbrunnen das Rad, um welches die Kette sich windet und das Wassereimer (situla), was an der Kette hängt; Wasserbehälter, Wannen Tröge in der Erde (lines et labra); Brunnen, aus denen Wasser durch Röhren hervorquillt (salientes), diese Röhren selbst (fistulae, quae salientibus junguntur), wie weit sie auch vom Hause auslaufen; die Hähne an diesen Röhren (epitonia), welche festgemacht zu seyn pflegten [fistulis adplumbata [43])]; Figuren an den Röhren, welche Wasser von sich geben (Personae, ex quarum rostris aqua salire solet); der Kessel oder das Becken, worin das Wasser fällt (crater) — lauter Zubehör von Zubehör; — ebenso Figuren andrer Art, zur Verzierung der Wände, Säulen u. s. w. alles gehört zum Hause [44]).

---

43) *Cujac.* Com. ad ff. h. l.

44) Es gehören hieher auch noch folgende Stellen. *L.* 47. *D. de contrah. emt.* Si aquae ductus debeatur praedio, et jus aquae transit ad emtorem, etiamsi nihil dictum sit: sicut et ipsae fistulae, per quas aqua ducitur; *L.* 48. *eod.* Licet extra aedes sint,

5) *L.* 245. §. 1. *D. de Verb. Sign. Pomponius.* Idem Labeo ait: Prothyrum, quod in aedibus interdum fieri solet, aedium est.

Prothyrum ist eine Vermachung vor der Hausthür [45]). Besteht sie bloß in einem Vorhange („si velamen est"), so gehört sie zum Instrument [46]).

II. Beyspiele von Sachen, die nicht cohäriren.

Deren gibt es freylich nicht soviel, als zur vorigen Classe gehören.

L. 17. *pr. D. de act. emt. et vend.*

— — Aedium multa esse, quae aedibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, ut puta seras, claves, claustra.

Also Schlüssel gehören hieher; und auch Schlösser (serae, claustra). Wie Schlösser sollten in diese Classe gehören? — Freylich, bey uns

---

L. 49. *eod.* Et quamquam jus aquae non sequatur, quod amissum est: attamen fistula et canales, dum sibi sequuntur, quasi pars aedium ad emtorem perveniunt: Et ita Pomponius lib. 10. putat.

45) *Pitiscus* (*Lex. antiq. Rom. s. h. v.*) Ea sunt repagula e ferro, lapide vel qua alia re utrimque depacta, arcendis a vestibulo aedium vehiculis vel equis.

46) L. 12. §. 23. D. de instr. vel instr. leg.

würden sie zur vorigen gehören; aber die Alten hatten keine feste Schlösser, wie diese Stelle bestätigt [47]).

Der vorher erwähnte Brunnendeckel würde ebenfalls zu dieser Classe gehören, insoferne er nicht etwa am Brunnen fest gemacht ist; imgleichen das Eimer, was beym Brunnen an der Kette hängt.

III. Beyspiele von Sachen, die keine Pertinenzien sind.

Vorher eine zum Verständniß des Folgenden nöthige (und für die ganze Materie von Pertinenzien überhaupt wichtige) Präliminarbemerkung.

Instrumentum kann man sagen, sey alles, womit eine Sache ausgerüstet ist; nämlich alles, was sich bey der Sache befindet und nöthig oder nützlich ist, damit die Sache erhalten oder ihrem Zweck gemäß benutzt und gebraucht werden könne, dabey aber nicht zu den Pertinenzien gehört [48]). —

---

47) *Serae* wurden beym Verschließen vorgelegt, also beym Oeffnen weggenommen. *Nonius Marcellus*: „sera, qua ostia obcluduntur.“ (Auctores linguae latinae cum notis Dionysii Godofredi, Gervasii 1602. p. 691.) *Varro*: „serae, quibus remotis fores panduntur.“ (ibid. p. 59.)

48) *L. 12. pr. D. de instr. vel instr. leg.* — instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus exerceri nequiret possessio.

Bey Häusern scheint besonders dahin zu gehören, was zur Erhaltung, Reinigung u. s. w. des Ganzen oder einzelner Theile dient. Verschieden vom Instrumentum und nicht darunter begriffen ist Supellex, d. i. alles, womit der Besitzer versehen ist [49]), nämlich alles, was der Besitzer an (leblosen) Sachen andrer Art (außer Kleidern, Geld, Lebensmitteln), kurz, was er an Kunstproducten oder durch Kunst verfertigten Geräthe zu seinem täglichen häuslichen Gebrauch im Hause hat [50]). Unser Hausrath entspricht dem Römischen Ausdruck nicht völlig, da wir unter Hausrath Sachen mit begreifen, die der Römische Jurist zum Instrument rechnet. Suppellex ist gleichfalls nicht Pertinenz und hier kann eine Verwechselung so leicht nicht Statt finden, wie zwischen Instrument und Pertinenz, da sich beyde Letztere auf die Hauptsache beziehen, während Suppellex es nur mit der Person des Besitzers zu thun hat. Wie beyde nicht als Zubehör zur Hauptsache gehören, Suppellex so wenig, als Iustrumentum, so folgen sie auch bey Veräußerungen dem Erwerber nicht.

L. 14. D. de supp. leg. Callistratus.

Fundo legato, instrumentum ejus non aliter legato cedit, nisi specialiter id ex-

---

49) L. 12. §. 15. D. de instr. vel instrum. leg. L. 7. §. 1. D. de suppell. leg.

50) L. 1. L. 3. §. 5. L. 7. §. 1. D. de supp. leg.

pressum sit. Nam et domo legata, neque instrumentum ejus, neque suppellex aliter legato cedit, quam si id ipsum nominatim a testatore expressum sit [51]).

Leyser [52]) rechnet das Instrumentum mit zum Zubehör und sieht dies als die Regel an, wovon bey Inventarienstücken der Landgüter (dem Instrumentum fundi) nur eine Ausnahme sey [53]). Aber Callistratus spricht eben so

---

51) Paulus hegte eine abweichende Meinung, namentlich beym Fundus. *Sent. lib.* 3. *tit.* 6. §. 34. Fundo vel servo legato, tam fundi instrumentum, quam servi peculium ad legatarium pertinet. Seine Meinung ward von den Compilatoren verschmäht. Willkührlich schiebt Westphal (Darstellung der Lehre von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 293.) ein *non* ein und bringt auf solche Art den Paulus mit den Pandecten in Uebereinstimmung, indem er ihn das Gegentheil von dem sagen läßt, was er wirklich sagt.

52) Spec. 26. med. 6.

53) Das Einzige, was sich dafür anführen ließe, möchte seyn L. 16. §. 1. D. de instr. vel instr. leg., wo Alfenus sagt: Vinea et instrumento legato, instrumentum vineae nihil esse, Servius respondit. Qui eum consulebat, Cornelium respondisse ajebat, *palos* perticas, rastros, ligones instrumenti vineae esse; quod verius est. Also hier werden von Alfenus Rebpfähle zum Instrument gerechnet, die anderswo L. 17. §. 11. D. de act. emt. et vend. von Ulpian zum Zubehör gerechnet werden. Allein 1) bey den einzelnen Sachen waren schon die Römischen Rechtsgelehrten nicht immer einig, zu welcher Classe

deutlich dem Instrumento domus die Pertinenzialqualität ab, wie dem Instrumento fundi.

Daß das Instrumentum domus nicht zum Hause gehöre, wird besonders durch Aeußerungen Ulpians, welche folgen sollen, und der von ihm angeführten Juristen, so wie deren Vergleichung mit vorhergehenden Stellen bestätigt. Sie sagen von manchen Dingen, sie gehörten nicht zum Hause und rechnen sie gleichwol zum Instrumento aedium und ebenso führen sie Sachen unter dem Instrument auf, in Ansehung deren es nicht bezweifelt werden kann, daß sie nicht zum Hause gehören, z. B. Schwämme, Besen, Stangen.

Besonders kommt auch noch eine Aeußerung Ulpian's in Betrachtung, die wir schon kennen, wornach dieser Jurist Sachen die Pertinenzialqualität abspricht, weil sie zum Instrument gehören [54]).

Indem die Gesetze also sagen, eine Sache gehöre zum Instrument oder zum Suppellex, verneinen sie ihr die Pertinenzialqualität, wobey sie zugleich positiv aussagen, zu welcher

---

sie zu rechnen, wie grade die Stelle des Alfenus, nämlich der darin erwähnte Streit zwischen Servius und Cornelius ergibt; besonders 2) lehrt Alfenus, Rebpfähle gehören zum Instrument und im Grunde lehrt Ulpian das auch, er setzt indessen näher bestimmend hinzu, *ante quam collocentur.*

54) L. 17. pr. D. de act. emt. et vend.

besondern Art dieser Nicht-Pertinenzien sie zu zählen sey.

Nach dieser Präliminarbemerkung folgen nun jene Beyspiele von Nichtpertinenzien:

1) *L.* 17. §. 4. *D. de act. emt. et vend.*

Reticuli circa columnas, plutei circa parietes, item Cilicia vela, aedium non sunt.

Reticuli circa columnas waren, wenn man aus der Benennung schließen darf, wahrscheinlich ein netzförmiges Gitterwerk, welches die Säulen umgab; *Plutei circa parietes* eine bretterne Schutzwehr für die Wand [55]); *Cilicia vela* Vorhänge von Ziegenhaaren [56]). Es sind hier lauter Sachen aufgestellt, welche das Haus oder einzelne Theile oder den Bewohner schützen. Sie waren dem Hause nicht einverleibt, sondern wurden, so scheint es mir, nur zu gewissen Zeiten, wie es

---

55) *Festus:* nunc etiam tabulae, quibus quid praesepitur eodem nomine (pluteorum sc.) dicuntur. (Auct. linguae lat. p. 143.) Pitiscus erklärt es, unter Beziehung auf die im Text angeführte Stelle, für die Rücklehnung einer Bank. Pluteus est sponda scamni, cui, dum sedemus, tergo adhaeremus, sagt er.

56) *Virgil.* Georg. 3. 311. Voß in der Anmerk. seiner Uebersetzung davon, Note 300. S. 200. — *Isidori Orig. lib.* 19. *cap.* 26. *in Fine.* Cilicia Arabes nuncupant velamenta, pilis caprarum contexta, ex quibus sibi tentoria faciunt.

das Bedürfniß mit sich brachte, hingestellt und wieder weggenommen.

Besonders gehören hieher eine ganze Reihe von Stellen aus dem Titel der π. de instr. vel instrum. leg. — ein Titel, welcher nebst dem Titel de act. emt. et vend. für diese ganze Materie die Hauptquelle ist.

2) *L.* 12. §. 16. *D. de instr. vel instr. leg.* *Ulpianus.* Si domus sit instrumentum legatum, videndum, quid contineatur? Et Pegasus ait, instrumentum domus id esse, quod tempestatis arcendae aut incendii causa paratur; non quod voluptatis gratia: itaque neque specularia, neque vela, quae frigoris causa vel umbrae in domo sunt, deberi. Quae sententia Cassii fuit, qui dicebat inter instrumentum et ornamentum multum interesse; instrumenti enim ea esse, quae ad tutelam domus pertinent; ornamenti, quae ad voluptatem; sicuti tabulas pictas. §. 17. Vela autem Cilicia instrumenti esse: Cassius: quae ideo parantur, ne aedificia vento vel pluvia laborent. §. 18. Acetum quoque, quod extinguendi incendii causa paratur; item centones [grobe Filzdecken, — die, mit Essig getränkt, dem Dach des Hauses u. s. w. aufgelegt, das Feuer abhalten oder

erſticken ſollen — [57])], sifones (Feuercheimer) perticae quoque (Stangen) et scalae (Leitern): et formiones (eine Art von Decken oder Matten) et spongias (Schwämme) et hamas [ein Geräth zum Abhalten oder Unterdrücken des Feuers [58])] et scopas (Beſen) contineri, plerique et Pegasus ajunt. §. 19. Tegulam autem et tignum ejus rei causa paratum, instrumento contineri, si ad hujusmodi causam habeat tigna parata, ad alios usus non deservientia. Proinde et fulcimenta, si qua habeat huic rei necessaria, etiam ea instrumento domus continebuntur. (Hier iſt von Sachen — Ziegeln, Bauholz, Stützen — die Rede, die dem Hauſe noch nicht wirklich einverleibt ſind: ſonſt würden ſie zum Hauſe gehören.) §. 20. De velis, quae in hypaethris extenduntur, item de his, quae sunt circa columnas, Celsus scribit, magis suppellectili adnumeranda; et ita Sabinum et Cassium putare [59]). §. 21. Canales autem (Sprützen)

---

57) *Pitiscus* s. h. v.

58) L. 3. §. 3. D. de off. praef. vigil. *Plin.* lib. 10. epist. 42. *Juvenal* Satir. 14. *Vicat.* Vocab. s. v. *hama.*

59) *Hypaethrum* iſt ein Platz unter freyem Himmel. Hier iſt eine Säulenhalle gemeint. In den Häuſern der Alten waren den beyden Flügeln des eigentlichen Wohngebäudes Säulengänge vorgebaut, die Häuſer bisweilen auch nach außen mit Säulengängen umge-

et harpagones (Hacken) et hamas, instrumento contineri constat. §. 22. Item perticae, quibus araneae (das Spinnengewebe) detergantur; item spongiae, quibus columnae, pavimenta (Eſtrich) podia (podium, ein Ort, der von einem Gebäude ausſpringt, zum Umherſchauen [60]), alſo etwa Balcon) extergantur: scalae, quae ad lacunaria (Decke) admoveantur, instrumenti sunt, quia mundiorem domum reddunt. §. 23. Papinianus quoque lib. 7. Responsorum ait: Sigilla et statuae adfixae, instrumento domus non continentur, sed domus portio sunt: quae vero non sunt adfixa, instrumento non continentur, inquit; suppellectili enim adnumerantur: excepto horologio aereo, quod non est adfixum; nam et hoc instrumento domus putat con-

---

ben. Eſchenburg a. a. O. S. 576. Meierotto über Sitten und Lebensart der Römer, 2 Thl. S. 98. Einen ſolchen Gang pflegten die Römer zur Sommerszeit mit Decken oder Teppichen zu überſpannen, zum Schutz gegen die Sonnenſtrahlen, im Winter aber Bley oder eine ähnliche Decke darüber zu legen. *Vitruv.* lib. 5. c. 9. et 11. *Vicat.* Vocab. s. v. *Hypaethrum.* Dadurch erklärt ſich, beſtätigt auch zugleich das Geſagte, *L.* 242. §. 2. *D. de V. Sign. Javolenus.* Plumbum: quod tegulis poneretur, aedificii esse, ait Labeo: sed id, quod hypaethri tegendi causa poneretur, contra esse.

60) *Vicat.* vocab. s. h. v.

tineri (a contrario können wir schließen, daß Papinian die festgemachte Hausuhr zum Zubehör des Hauses rechnet) [61]), sicut prothyrum domus si velamen est, inquit instrumento domus contineri. §. 26. Cancellos [62]) quoque instrumento contineri puto.

§. 11.

Fortsetzung.

Unter Kaiser Hadrian, zu der Zeit, als Aviola und Pansa Consuln waren, kam ein Senatusconsultum zu Stande, wodurch verordnet ward: was befestigt zu einem Gebäude gehöre, solle getrennt und abgerissen

---

61) Daß bey horologium an eine Sonnenuhr zu denken sey, darf nicht erst bemerkt werden. Außerdem gab es auch Wasseruhren, welche, während jene bekanntlich nur bey Tageslicht und Sonnenschein ihre Dienste leisteten („*horas non numerantes, nisi serenas*"), zu aller Zeit bey Nacht wie bey Tage die Zeit maaßen.

62) *Cancelli* waren bey den Alten Thüren, die, aus Stäben, gitterförmig zusammengesetzt, durch die Zwischenräume das Tageslicht durchließen. *Januas fenestratas* nennt sie Cassiodor (Var. XI. 6.) An ihnen waren Vorhänge angebracht, womit sie von innen verdunkelt werden konnten. Daher kommen diese Cancelli mit Velis zusammen vor. *Brisson.* de Verb. Sign. sub v. *Cancellus.*

davon nicht veräußert werden dürfen [63]).

Wir finden die Verordnung des Senatusconsultum im Justinianeischen Recht in der Anwendung, die hiervon auf Legate unter den Römischen Juristen namentlich Ulpian macht. Nicht bloß, daß die Anwendung des Senatusconsults auf Legate überhaupt durch Ulpian in Justinians Gesetzsammlung sich findet, wendet Ulpian den Grundsatz, der hiernach auf Legate anwendbar ist, auch auf einzelne im Hause befindliche Sachen an, indem er untersucht, ob sie darunter begriffen sind oder nicht. Einige Stellen davon sind hier nicht zu übergehen. Zwar möchte es scheinen, es könne daraus nicht mit völliger Sicherheit geschlossen werden, ob etwas Pertinenz sey oder nicht. Denn, es kam hier nicht sowohl darauf an, zu bestimmen, was Pertinenz sey, was nicht, sondern nur, was mit dem Hause unmittelbar verbunden, so daß bey der Trennung das Letztere auf irgend einige Art verletzt werden, oder an Schönheit einbüßen möchte, was nach dem Zweck des Gesetzes verhütet werden sollte. Allein, jener Schein verschwindet, wenn man

---

63) Der Inhalt des Senatusconsults ging nach Majans (disputat. 24.) eigentlich dahin: ne quis domum villamve dirueret, quo plus illi acquireretur, neve quis negotiandi causa eorum quid emeret venderetve. S. auch Westphal Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 254.

die Stelle selbst betrachtet und besonders den Schluß, den ich hier mittheilen werde.

Es fällt auf, daß sogar befestigte Bücherschränke, auch (ohne Unterschied) Gemälde, die an der Wand befestigt sind, als zum Hause gehörig und deshalb in der Verordnung des Senatusconsults begriffen, aufgeführt sind. Aber wirklich war es die Idee Ulpian's, befestigte Bücherschränke und Gemälde, die an der Wand befestigt sind, für Pertinenzien des Hauses zu halten. Von Gemälden kann man dies mit Sicherheit annehmen; denn auch Pomponius scheint sie dazu zu zählen, wenn sie befestigt sind, oder an Ketten hängen [64]); und unser Ulpian selbst erklärt an einer andern Stelle: Gemälde, welche statt sonstiger Bekleidung, in die Wand eingeschlossen sind, gehören zum Hause [65]). Gemälde sind auch bestimmt, dem Hause selbst zu dienen, ihm zur Zierde zu gereichen. Aber was haben Bücherschränke mit dem Hause gemein? — Dieser Einwurf ist nicht im Sinne des Römischen Rechts. Die Römischen Juristen sahen hier nicht auf die Art der Sachen, sondern auf die Befestigung und die Art der Befestigung, wie bereits früher bemerkt ward, und hier aufs Neue sich bestätigt.

---

64) S. §. 8. am Schluß.

65) L. 17. §. 3. D. de act. emt. et vend. S. oben §. 9.

Hören wir ihn selbst.

L. 41. §. 1. *D. de legatis I.*

Sed ea, quae aedibus juncta sunt, legari non possunt: quia haec legari non posse Senatus censuit, Aviola et Pausa consulibus. §. 6. Hoc Senatusconsultum non tantum ad urbem (Rom), sed et ad alias civitates pertinet. §. 8. Hoc Senatusconsultum non tantum ad aedes, sed et ad balinea vel aliud quod aedificium vel porticus sine aedibus, vel tabernas vel popinas extenditur. §. 9. Item hoc prohibetur, haec legari, quod non alias praestari potest, quam ut aedibus detrahatur, subducatur: id est, marmora vel columnae. Idem et in tegulis et in tignis et ostiis Senatus censuit. Sed et in bibliothecis parietibus inhaerentibus.

Bibliotheca bezeichnet einmal bey Römern und Griechen, was der Ausdruck bey uns bezeichnet, bekanntlich eine Sammlung von Büchern; außerdem aber zweytens, was wir nicht darunter verstehen, den Bücherschrank [66]). Das letztere ist grade die ursprüngliche Bedeutung, worin das Wort, wie jeder sieht, hier vorkömmt.

---

66) *Festus:* Bibliothecae et apud Graecos et apud Latinos, tam librorum magnus per se numerus, quam locus ipse, in quo libri collocati sunt, adpellantur.

Ulpian fährt fort:

§. 10. Sed si cancelli sint vel vela, legari poterunt: Non tamen fistulae vel castelli.

Was *Cancelli* und *Vela* sind, ward bereits erwähnt. Die Stelle scheint zu beweisen, daß die *Cancelli* am Hause nicht befestigt waren, wie die *Vela* es nur an ihnen waren, sonst würden sie nicht zum Instrument und wenigstens hier nicht als trennbar aufgeführt seyn.

Ulpian lehrt weiter:

§. 1. *eod.* Sed automataria, aut si qui canthari, per quos aquae saliunt, poterunt legari: maxime si impositii sint.

Automatarii sind nichts anders, als was wir Automaten nennen, mechanische Kunstproducte, die, da die bewegende Kraft versteckt ist, sich selbst zu bewegen scheinen. Westphal [67]) lehrt, Automatarii waren Maschinen, die sich über dem Springwasser bewegten. Mir scheint vielmehr, nach dem Zusammenhange und der Verbindung mit dem nächstfolgenden Object (canthari), es sey darunter eine Art von Springbrunnen selbst hier zu verstehen, die nicht unter der Erde, sondern beweglich und unbefestigt waren [68]). Ulpian

67) a. a. O. §. 266.

68) „Springbrunnen im Kleinen zur Belustigung durch den Druck der Luft zu treiben, war schon den Alten bekannt." S. Fischers physical. Wörterbuch 4 Thl. S. 789.

scheint mir Automatarii zu sagen, weil er nicht *salientes* sagen kann. Jene künstlichen Maschinen bilden wirklich eine Art Automaten, während diese (salientes) natürliche Springquellen sind, aus denen das Wasser, durch Röhren geleitet, in die Höhe steigt. Eben, weil jene beweglich und unbefestigt, waren sie in der Verordnung des Senatusconsults, nach der Lehre Ulpians, nicht mit enthalten; sie selbst so wenig, wie die an ihnen etwa befindlichen phantastischen Gebilde, welche Wasser speien [canthari [69])]; und eben daher war es gleichgültig, ob die letztern befestigt waren, oder nicht befestigt (*impositii*). Befestigt oder nicht befestigt, immer gehörten sie zu dem Automat, was, ihre Hauptsache, zum Hause nicht gehörte.

Ulpian fährt also fort:

§. 12. *eod.* Quid ergo in statuis dicendum? si quidem inhaerent parietibus, non licebit: si vero alias existant, dubitari potest. Verum mens Senatus plenius accipienda est: ut si qua ibi fuerint perpetua, quasi portio aedium, distrahi non possint.

Diese Stelle bestätigt, daß befestigte Statüen zum Hause gehören und Pomponius, der ihnen scheinbar die Pertinenzialqualität abspricht, von in-

---

69) *Brisson.* et *Pitiscus* s. h. v.

tegrirenden Theilen zu verstehen sey. Sogar unbefestigte sind nach Ulpian *quasi portio aedium*; wenn sie nach dem Willen des Eigenthümers beym Hause bleiben sollen, wie viel mehr die befestigten? und selbst jene sind in der Verordnung des Senatusconsults enthalten, zwar genau genommen nicht, wohl aber nach einer Auslegung, wie Ulpian sie sich erlaubt.

Derselbe lehrt ferner:

§. 13. Proinde dicendum est, nec tabulas adfixas et parietibus adjunctas vel singula sigilla adaequata, legari posse. §. 14. Sed et si paravit quaedam testator quasi translaturus in aliam domum, et haec legavit, dubitari poterit, an valeat. Et puto, valere. §. 15. Sed si ea, quae legavit, aedibus junxit, extinctum erit legatum. §. 16. Sed si heres ea junxit, puto non extingui. *L.* 42. *eod.* sive sciit, sive ignoravit. *L.* 43. *eod. Senatus enim ea, quae sunt aedium*, legari non premissit: haec autem mortis tempore, aedium non fuerunt etc.

§. 12.

Andere Beyspiele von beyderley Art.

Westphal hat eine eigene Abhandlung von den beweglichen Pertinenzien verkaufter Häuser

geschrieben. In seiner Begleitung laßt uns jetzt im Hause umher schlendern; in Küch' und Keller laßt uns gehen, ob uns nicht hin und wieder etwas aufstößt, was Pertinenz ist, was nicht, und in Ansehung dessen dies besonders zu bemerken ist.

Da steht ein Bücherschrank oder Bücherbrett an der Wand. Es gehört nicht zum Hause; doch das befestigte rechnet, wie wir hörten, Ulpian dazu.

Ferner stellt sich der Ofen dar, dessen Pertinenzialqualität Niemand bezweifeln wird. Aber wie verhält es sich mit eisernen Windöfen? Westphal meint, sie gehören zum Hause und Westphal scheint nicht zu irren, denn sie sollen die Stelle eines gewöhnlichen Ofens vertreten, und hängen dabey auch durch die Röhren mit dem Hause zusammen. Die Feuerzange, die am Ofen hängt, scheint hingegen zum Hausgeräth zu gehören; sie hat eine so feste Bestimmung nicht, daß sie nicht jeden Augenblick mit einer andern Zange die Rollen wechseln könnte.

Ferner sind da Gardinen und diese an Stangen aufgehängt. Jene gehören zum Hausrath, diese als fixa vincta zum Hause.

Zum Hausrath gehören ohne Zweifel auch die Spiegel an den Wänden, die Kronenleuchter, die durchscheinenden Lampen, die von der Decke herabhängen. Hingegen Leuchter, welche an die Wand geschroben sind, schei-

nen dem Hause einverleibt zu seyn [70]). Von Tapeten ward schon früher bemerkt, daß sie zum Hause gehören.

Die eingemauerten Schränke mit ihren Schubladen, in die Mauer eingeschnittene und eingepaßte Repositorien u. s. w. gehören zum Hause [71]).

In der Küche ist ein Waschkessel eingemauert; er gehört ohne Zweifel zum Hause [72]). Das Kannen- oder Topfbrett wird die Hausfrau sich ungern nehmen lassen; wenn es befestigt ist, wird sie es doch geschehen lassen müssen [73]). Dasselbe gilt von der angeschrobenen Kaffeemühle [74]). Die Riegeln in der Speisekammer, so wie diejenigen im Keller, sind diesem Ort angepaßt, auch auf solche Art befestigt daß Niemand die Pertinenzialqualität derselben bestreiten wird.

---

70) *Carpzov.* P. 2. const. 32. def. 20. Westphal von Pertinenzstücken eines verkauften Hauses. §. 17.

71) Wie Westphal a. a. O. §. 18. und §. 23. mit Hommel behauptet.

72) Auch der eingemauerte Bratenwender ist nach Westphal a. a. O. §. 18. Zubehör (sammt allem, was zu ihm gehört). Westphal dachte doch, in Ansehung der Handwerksleute, wie Leyser. S. Westphal a. a. O. §. 15.

73) Westphal a. a. O. rechnet die befestigten Topfbretter mit Recht zum Zubehör.

74) Westphal a. a. O. §. 20.

Eben so wenig wird Jemand läugnen, daß Laternen über oder neben der Hausthür zum Hause gehören [75]); desgleichen Klingeln an der Hausthür oder in den Stuben, nebst den dazu gehörigen Drathen, Klopfer an der Hausthür u. s. w. Daß eingebaute Uhren dazu gehören, hat schon die Auctorität des Römischen Rechts für sich, wie wir oben gesehen haben.

Im Garten gehören die Kasten und Fenster der Mistbeeten zum Garten und mit dem Garten zum Hause. Auch selbst die Kasten und Decken zur Verwahrung des guten Blumenwerks im Lande während der Winterszeit sollen nach Westphal [76]) Zubehör von Garten und Haus seyn.

Im Stall sind Krippen; sie gehören zum Stall und mit dem Stall zum Hause, zum Gute, — wenn sie nämlich festgemacht sind, nicht aber die unbefestigten [77]). Die unbefestigten scheinen zu demjenigen zu gehören, was die Römer Instrumentum nennen.

Feuereimer und andere Geräthschaften zur Löschung des Feuers rechnet Westphal [78]) zum Zubehör. Wir haben gesehen, daß das Römi-

---

75) Ob aber auch dann, wenn sie bloß eingehängt sind? — Westphal a. a. O. §. 20. behauptet es.

76) a. a. O. § 13.

77) *Leyser* spec. 210. med. 10.

78) a. a. O. §. 13.

sche Recht dergleichen Geräthe zum Instrument zählt. Westphal fügt indessen die Einschränkung hinzu: wenn dergleichen Geräthschaften nach eines Ortspolizeygesetzen beym Hause seyn müssen. Daraus scheint doch nicht grade zu folgen, daß diese Individuen zum Hause gehören, sondern nur, daß der neue Erwerber sich dergleichen anschaffen müsse. —

Schließlich kann ich die Bemerkung nicht unterdrücken: Wenn hier dies oder jenes zum Zubehör gerechnet worden, weil es cohärirt, so dürfte es doch im Geist des Römischen Rechts seyn, wenn in einzelnen Fällen auf die Art der Verbindung Rücksicht genommen würde.

§. 13.

Von Pertinenzien bey Gebäuden einer besondern Art.

Wird ein Arzneyladen (Apotheke) verkauft, so gehören dazu die Gefäße und Geräthschaften, die zum Gebrauch in der Apotheke *(in usum pharmacopolii)* angeschafft sind, nicht aber (was sich füglich von selbst versteht) die vorräthigen Arzneymittel. Ich lehre das nicht; Leyser [79]) lehrt es. Derselbe lehrt [80]): zu jeder Werkstätte gehören die Werk-

---

79) Spec. 26. med. 4.
80) c. l. med. 5.

zeuge, welche dabey befindlich sind; er wendet dies namentlich auf ein Hammerwerk an, und bringt ein Urtheil der Juristen von Wittenberg bey, wornach „bey einem Hammerwerk die vorhandenen Vorräthe, Eisensteine, Kohlen, Bälge, Hämmer, Ambosse u. s. w. zu lassen sind.“ Eben so lehren andere Rechtsgelehrte, wie zum verkauften Brauhause die Braugeräthschaften mit gehören. Ja, bey einem Gasthofe sollen sogar die Betten in den Zimmern der Reisenden und der sonstige zur Gastwirthschaft gehörige Hausrath Pertinenzialqualität haben, jene wenigstens dann, wenn sie mit der Zahl der Zimmer bezeichnet sind, was doch bloß der Ordnung wegen geschieht. Ueberhaupt würde, ihnen zufolge, als Regel anzunehmen seyn, daß bey Gebäuden, welche zu einem besondern Gewerbe bestimmt und eingerichtet sind, die beweglichen, zur Ausübung dieses Gewerbes nöthigen Sachen, als Pertinenzien anzusehen sind.

Es mag vielleicht scheinen, daß diese Ideen wenigstens zum Theil ganz vernünftig sind, es könnte auch vielleicht seyn, daß unser Ausdruck Zubehör weiter reicht, als der Begriff, welcher nach Römischem Recht mit dem Ausdruck Pertinenzien verbunden ist; oder, daß, wenn die Frage entsteht, ob dies oder jenes mit verkauft sey, in einem gegebenen Fall, unter den besondern Umständen desselben, angenommen werden darf, wie die Contrahenten an jene Sachen mitgedacht haben; allein, wenn man glaubt, und die Sache

so darstellt, als sey dies dem Römischen Recht gemäß, wenn man sich zur Beglaubigung auf Stellen des Römischen Rechts, namentlich auf die aus dem Zusammenhang herausgerissene Aeußerung des Labeo:

ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedium sunt,

berufft, so sagen wir nicht zu viel, daß diese Ideen dem Römischen Recht untergeschoben, daß sie eingeschwärzt sind. So wie Labeo gemißdeutet wird, beweist seine Aeußerung zuviel und weit mehr, als man dadurch beweisen will. Es würde darnach eine Menge von Sachen Pertinenzien seyn, welche die Römer nicht und auch wir nicht dazu rechnen. Wenn gleich anzunehmen, daß alles, was nach der Bestimmung des Eigenthümers beständig beym Hause bleiben soll, auch unbefestigt, für Pertinenz zu halten; so kann man doch von Sachen, von welchen hier die Rede, durchaus nicht sagen, wie es der Wille des Eigenthümers sey, daß sie für immer bey dem Gebäude bleiben sollen, daß sie ihm einverleibt sind. Sie sind keinesweges, wie etwa Statüen, welche das Haus zieren sollen, für das Gebäude selbst bestimmt, nein, sie betreffen den Gebrauch, der davon zu machen ist.

Besonders auffallend und auf keinen Fall zu billigen ist, was von Gasthöfen gelehrt wird. Hier ist es doch ganz offenbar, daß die erwähnten Sachen nicht mit zum Gasthofe gehören. Diese

Sachen beziehen sich ja gar nicht auf das Gebäude, sondern auf das Gewerbe, was der Besitzer darin treibt. Ein Gasthof ist ein Gebäude, worin Gastwirthschaft getrieben wird. Dies ist aber nicht die ausschließliche Bestimmung desselben. Ein folgender Besitzer benutzt es vielleicht, wie ein gewöhnliches Haus. Ja, wäre hier noch von Werkzeugen einer besondern Kunst die Rede; dann möchte jene Behauptung zu entschuldigen seyn. So aber ist das, was Zubehör des Gasthofes seyn soll, ganz gewöhnlicher Hausrath.

Ueberhaupt selbst bey Gebäuden, die, ihrer Bestimmung zufolge, für eine besondre Kunst, für ein besondres Gewerbe eingerichtet sind, z. B. bey einer Schmiede, einem Brauhause, gibt es keine andre Pertinenzien, als die gewöhnlichen; nämlich alles, was fest ist und die wenigen nicht cohärirenden Sachen, welche zum beständigen Dienst beym Gebäude vorhanden sind, die gewöhnlich dem Gebäude oder dessen Theilen angepaßt, getrennt von ihm keinen Nutzen haben [81]).

---

81) Ich sage die wenigen nicht cohärirenden Sachen und scheine also dem Ulpian zu widersprechen, welcher lehrt: Aedium autem *multa* esse, quae aedibus affixa non sunt; ut puta seras, claves, claustra, L. 17. pr. D. de act. emt. et vend. Allein der Widerspruch ist nur scheinbar. Den Rebus affixis stehen gegenüber die res non affixae. Die res *non affixae* können doch auf andre Art mit dem Hause zusammenhängen. Ulpian lehrt nur, es gebe viele

Alles übrige, was sich in dem Gebäude befindet und den Gebrauch betrifft, der von dem Gebäude zu machen ist oder die Kunst, welche darin getrieben wird, ist im Sinne des Römischen Rechts Instrumentum, wovon wir gesehen haben, daß es nicht als Theil des Gebäudes anzusehen, daß es nicht zu dem Gebäude in dem Verhältniß steht, wie die Nebensache zu der Hauptsache. Das Einzige, was dergleichen Gebäuden (wozu aber Gasthöfe nicht gehören) eigenthümlich wäre, würde nur seyn, daß der Veräußerer nicht sagen könnte, diese oder jene befestigten Geräthschaften gehörten nicht zum Gebäude, sondern bezögen sich bloß auf das Gewerbe, was er darin getrieben; ein Einwand, der, wenn er überhaupt gölte, oder soweit er überhaupt gilt, wenigstens bey Gebäuden, die grade für dies Gewerbe bestimmt und eingerichtet sind, natürlich wegfallen muß.

Hören wir doch nun, welche Ansichten die Römischen Rechtsgelehrten hegten, in den hieher gehörigen Beyspielen, die in den Pandecten vorkommen.

Zu diesem Behuf und zur Bestätigung meiner Theorie kann 1) dienen, was Paulus von

---

Sachen, die dem Hause nicht affigirt sind. Weiterhin (§. 8.) sagt er: *Castella plumbea, putea*, operculа puteorum, *epitonia fistulis adplumbata aut quae terra continentur, quamvis non sint affixa*, aedium esse constat.

Weinfässern lehrt. Weinfässer im Weinmagazin gehören nach ihm zum Hause, wenn sie eingegraben sind. Dolia in horreis *defossa*, sagt er, horreorum venditioni cessisse videri [82]). Eben dadurch schließt er dolia in horreis *non* defossa deutlich genug aus, — wenn es anders erlaubt ist, a contrario zu schließen [83]).

2) *L.* 23. *D. de instr. vel instr. leg. Neratius.* Cum quaeratur, quod sit tabernae instrumentum: interesse, quod genus negotiationis in ea exerceri solet.

L. 13. *pr. D. eod. Paulus.* Tabernae cauponiae instrumento legato, etiam institores contineri, Neratius existimat. Sed videndum, ne inter instrumentum tabernae cauponiae, et instrumentum cauponae sit discrimen: ut tabernae non nisi loci instrumenta sint, ut dolia, vasa, ancones (eine Art von Trinkgeschirren) calices (desgleichen) trullae (ebenso), quae circa coenam solent trajici; item urnae aereae, et congiaria sextaria, (lauter

---

82) L. 76. D. de contrah. emt.

83) *Horrea* sind überhaupt Vorrathshäuser, Gebäude, welche bestimmt und eingerichtet sind, Sachen aufzubewahren, *Brisson* s. h. v. Unter andern gab es horrea *vinaria*, L. 7. D. de instr. vel instrum. leg. L. 2. C. de per. et com. rei vend., und diese sind grade hier gemeint.

Maaße zum Wein) et similia: cauponae autem, cum negotiationis nomen sit, etiam institores.

Taberna ist ein bretternes Gebäude [84]), etwa eine Bude. Wird eine Schenkbude vermacht, so gehören Trinkgeschirre und dergleichen zum Instrument, sind also nicht Pertinenz der Bude. Eine solche zum Schenken oder zur Gastwirthschaft bestimmte Bude bedeutet übrigens mehr, als bey uns ein Haus, dessen Besitzer in diesem Augenblick Gastwirthschaft treibt. Die Betten und den sonstigen Hausrath in einem Gasthofe würden die Römer nicht einmal zum Instrument gerechnet haben, sondern zum Suppellex.

Ebenso wird 3) der Mühlstein zum Instrument gerechnet.

L. 18. §. 5. *D. de instructo vel instrum. leg.* Idem consultus de meta molendaria: respondit, si rusticis ejus fundi operariis moleretur, eam quoque deberi [85]), est autem meta inferior pars molae; catillus, superior [86]).

---

84) *L.* 183. *D. de V. S.* Tabernae appellatio declarat omne utile ad habitandum aedificium, nempe ex eo, quod tabulis cluditur.

85) Nämlich wenn das Instrumentum namentlich mit vermacht worden, als wovon vorher die Rede war.

86) Dies ist ein Irrthum, oder ein Schreibfehler; der obere Mühlstein heißt meta und der untere catillus. *Vicat.* Vocab. s. v. *catillus.*

Die gewöhnliche Lehre, welche hier bestritten wird, rührt; wenn man es aufrichtig sagen will, daher, daß die Rechtsgelehrten in dieser Materie bey der Schale stehen geblieben, in den innern Sinn und Geist nicht eingedrungen sind. Es ist, ich wiederhole es, durchaus die Idee der Römischen Rechtsgelehrten: Was Pertinenz seyn soll, muß als Theil der Sache angesehen werden können und es kann daher, wenigstens der Regel nach, nichts Pertinenz seyn, als was mit der Hauptsache wirklich zusammenhängt. Was als Theil angesehen werden kann, von dem gilt, so dachten sie weiter, was vom Ganzen gilt; hingegen, was nicht von dieser Art ist, mag immerhin zu der Sache in einem solchen Verhältniß stehen, daß man sagen kann, es gehöre sich dabey — mit veräußert ist es bloß deshalb noch nicht.

§. 14.

Von Pertinenzien bey Schiffen. — *Scapham non videri navis esse.*

Was ist ein Schiff? Ein Schiff ist ein Gebäude auf dem Wasser; eine Wohnung für Menschen während der Wasserfahrt; seiner hauptsächlichen Bestimmung nach, ein großer Frachtwagen in Neptuns und der Najaden Reich. Diese künstlichen Maschinen, welche, indem sie durch Flüsse und Meere Furchen ziehn, durch den Druck des Luftstroms oder durch Dämpfe vorwärts getrieben,

bewegt werden, ja sich selbst zu bewegen scheinen, gehören zwar an sich zu den beweglichen Sachen; doch schließen sie sich wenigstens hier an die unbeweglichen an und was von Gebäuden gilt, dasselbe, darf man annehmen, gilt in dieser Sphäre auch von ihnen.

Es gehört also zum Schiff, was mit dem Schiffe verbunden ist, als Mastbaum, Segelstangen, Segel, Steuerruder; alle diese Stücke sind, nach Alfenus, gleichsam Glieder des Schiffskörpers. Außerdem kann ein Schiff, wie ein Gebäude, nicht cohärirende Pertinenzien haben, daran ist nicht zu zweifeln, und es würden z. B. die Schlüssel der Cajüte dahin gehören oder andrer Gemächer auf dem Schiff.

Das Boot des Schiffs gehört weder zu der einen Classe, noch zu der andern; zu der erstern nicht, weil es mit dem Schiffe nicht eng verbunden ist — es liegt nur auf dem Schiff oder ist am Spiegel des Schiffs aufgehängt —; zu der zweyten nicht, weil es selbstständiger Art oder, wie Alfenus spricht, ein kleines Schiffchen für sich ist.

L. 44. D. de evict. Alfenus lib. 2. Dig. a Paulo epitomatorum.

Scapham non videri navis esse, respondit: nec quidquam conjunctum habere, nam scapham ipsam per se parvam naviculam esse: omnia autem, quae conjuncta navi essent, veluti gubernacula, malus, an-

tennae, velum, quasi membra navis esse [87]).

Man möchte nun glauben; es gehöre vielleicht zum Instrument des Schiffs; aber nein, auch dazu gehört es nicht, und zwar deßhalb nicht, weil es von derselben Art ist, wie das Schiff, da doch, was Instrument seyn soll, im Verhältniß zu der Hauptsache heterogen seyn muß. Dieses lehrt, indem er den Labeo berichtigt, dem Pomponius beystimmend, Paulus.

L. 29. D. de instr. vel instrum. leg.

Si navem *cum instrumento* emisti, praestari tibi debet scapha navis. Paulus: immo contra, *et enim scapha navis non est instrumentum navis:* etenim mediocritate, non genere ab ea differt; *instrumentum autem cujusque rei necesse est alterius generis esse, atque ea quaeque sit;* quod Pomponio lib. 7. epistolarum placuit.

Auch Ulpian unterscheidet das Boot vom Instrument des Schiffs.

L. 3. §. 1. D. rei vind.

Armamenta navis singula erunt vindicanda: Scapha quoque separatim vindicabitur.

Wer das Schiff vindicirt, und die Schiffsgeräthschaften mit, muß letztere besonders nahmhaft

---

87) *Nonius Marcellus.* Scaphae sunt naviculae, quae majores naves consequuntur. (Auct. linguae lat. p. 786).

machen, weil sie nicht zum Schiff gehören; ebenso das Boot, als welches nicht zum Schiff und auch nicht einmal zu den Geräthschaften desselben gehört.

Zum Instrument des Schiffs würde alles gehören, was an beweglichen Sachen auf dem Schiffe, zum Gebrauch desselben oder zur Schiffahrt nöthig, heterogener Art und nicht Pertinenz ist; namentlich scheinen, nach Römischen Ideen, dahin zu gehören Anker, Taue, Compaß, Fernröhre, Sprachröhre, Vorräthe zur Ersetzung des Abgangs an Pertinenzien oder Geräthschaften u. s. w.

§. 15.

Von Pertinenzien beweglicher Sachen.

Zum Zubehör der Thiere gehören die Jungen nicht, und wer daher z. B. das Schaaf, die Kuh, das Mutterpferd kauft, hat keine Ansprache auf das Lamm, das Kalb, das Füllen. Es macht auch keinen Unterschied, ob das Junge noch durch die Milch der Mutter ernährt wird, oder nicht [88]). Freilich, wird die ganze Heerde ver-

88) *L.* 65. §. 7. *D. de leg.* 3. Ovibus legatis agni non continentur: quamdiu autem agnorum loco sunt, ex usu cujusque loci sumendum est: nam in quibusdam locis ovium numero esse videntur, cum ad tonsuram venerint. *L.* 81. §. 4. *eod.* Ovibus legatis neque agnos, neque arietes contineri quidam recte existimant. *Voet.* ad tit. D. de act. emt. et vend. §. 9.

äußert, so sind die Jungen mit darunter begriffen [89]).

Gehört Sattel und Zaum zum Pferde? Ohne Zweifel, nein. Aber nirgends sind Betrügereien häufiger, als beym Pferdehandel. Diesem Unwesen wollten die Aedilen abhelfen. Unter andern verordnen sie: wie ein Pferd (oder anderes Lastthier) zum Verkauf geschmückt erscheint, also soll es verkauft seyn [90]). Geht dies auf Sattel und Zaum, die dem Pferde zur Zeit des Verkaufs aufliegen? Schwerlich in allen Fällen, sondern etwa nur, wenn das Pferd bloß deshalb gesattelt und gezäumt vorgeführt wird, damit es besser in die Augen falle [91]), nicht aber, wenn jenes aus andern Gründen geschahe, z. B. zum Behuf des Vorreitens.

Auf allen Fall können Sattel und Zaum nicht als Pertinenzien des Pferdes angesehen werden, bloß deshalb, weil, zufolge einer besondern Bestimmung der Aedilen, unter besondern Umständen, jene Sachen in dem Handel über das Pferd begriffen seyn sollen. (Vielmehr wäre dies ein Grund für das Gegentheil.) Auch nicht aus andern Gründen. Das Sattel ist ja nicht mit dem Pferde zusammengewachsen, so wenig wie Zaum und Gebiß; es ist auch nicht einmal für das

---

89) L. 81. §. 5. eod.
90) L. 38. pr. D. de aedilitio edicto.
91) L. 38. §. 11. D. de aed. Edicto.

Pferd bestimmt, noch weniger für dies Pferd ausschließlich, — sondern für den Reiter. Es ist daher ganz und gar nicht zu loben, wenn Rechtsgelehrte, wie Voet [92]) und Westphal [93]) Sattel und Zaum unter die Pertinenzien verkaufter Pferde aufführen [94]).

Indessen bewegliche Sachen können Pertinenzien haben an beweglichen Sachen; daran ist nicht zu zweifeln; doch ist anzunehmen, daß hier keine andere Grundsätze gelten, als von beweglichen Pertinenzien der Gebäude, welche, in Ermangelung ausdrücklicher Bestimmungen, analogisch hier anzuwenden seyn werden.

§. 16.

Wie Pertinenzien aufhören, es zu seyn.

Wir haben gesehen, wie Pertinenzien entstehen. Nämlich sie entstehen dadurch, daß eine Sache, namentlich eine Nebensache, mit einer an-

---

92) ad. Dig. tit. de act. emt. et vend. §. 8.

93) Lehre des gem. Rechts vom Kauf §. 143.

94) Sonderbar ist es, daß, wenn Vögel vermacht sind, das Vogelbauer und, wenn flüssige Dinge, namentlich Wein, das Vermächtniß auf die Fässer sich mit erstreckt L. 66. D. de leg. 3. — L. 15. D. de trit. vino vel oleo leg. L. 3. §. ult. L. 4. D. de penn. leg.; auch würde dies wol eben also auf den Verkauf anzuwenden seyn, *Voet.* c. l.; indessen hat jenes, wie es scheint, den

dern, der Hauptsache auf eine dauernde Art in Verbindung gesetzt wird. Nun ist es natürlich, daß Pertinenzien auf umgekehrte Art aufhören, es zu seyn. Nämlich, wenn die Verbindung zwischen den beyden Sachen aufgelöst wird, wenn sie wiederum getrennt werden; und dies nicht bloß auf eine vorübergehende Art geschieht, dann hört dies Verhältniß der beyden Sachen zu einander auf, und die vormaligen Pertinenzien bestehen fortan für sich, so daß sie von jetzt an dem Schicksal der Hauptsache weiter keinen Theil nehmen.

Besonders von cohärirenden, beweglichen Sachen ist es, daß der Trennung und dadurch aufgelösten Pertinenzialnexus, wenn sie nämlich nicht ad tempus geschieht, im Römischen Recht erwähnt wird.

L. 17. §. 10. *D. de act. emt. et vend.*

Ea, quae ex aedificio detracta sunt, *ut reponantur*, aedificii sunt: — —

§. 11. *eod.*

— (Pali) qui exemti sunt hac mente, *ut collocentur*, fundi sunt.

L. 18. §. 1. *eod.*

Aliud juris est in his (tegulis), quae detractae sunt, *ut reponerentur*: aedibus enim accedunt.

---

besondern Grund, daß die Vögel sich verfliegen würden und dieses beruht darauf, daß, wie Paulus lehrt, flüssige Sachen ohne Gefäß gar nicht seyn können.

L. 12. §. 25. *D. de instr. vel instr. leg.*
Specularia quoque adfixa, magis puto domus esse partem: nam et in emtione domus et specularia et pegmata cedere, sive in aedificio sunt posita, sive *ad tempus detracta. Sed si non sint reposita*, ad hoc tamen sint, ut suppleantur, si qua desint, instrumento potius continebuntur.

§. 17.

Vom Beweise.

Wer behauptet, eine Sache sey Pertinenz der andern, mag es beweisen. Nicht deshalb liegt ihm des Beweises Last auf, weil jede Sache der Regel nach als eine Hauptsache betrachtet werden kann — das möchte wohl nicht viel bedeuten — sondern weil es ein Factum ist, daß eine Sache mit der andern durch Natur oder Kunst in eine solche Verbindung gesetzt worden, daß sie als Theil derselben anzusehen, er dieses implicite behauptet, und aus diesem Facto Rechte ableitet, nämlich Rechte auf diese Sache. Satt dessen kann ihm auch der Beweis, daß die Sache ihm mit veräußert sey, da sie ihm dann zu überlassen ist, wenn sie gleich an sich dazu nicht gehört; zu demselben Zweck führen.

Bey beweglichen Sachen, welche der Hauptsache cohäriren würde er nichts zu beweisen haben, als die Cohäsion, wobey jedoch die Art der

Verbindung zu berückſichtigen ſeyn und aus ſelbiger auf Pertinenzialqualität zu ſchließen ſeyn würde.

Ueberhaupt wird der Beweis in dieſer Spähre ſelten anders, als auf ſolche Art geführt werden können, daß Facta bewieſen werden, aus denen auf Pertinenzialqualität zu ſchließen iſt.

Doch wird es einer förmlichen Beweisführung ſelten bedürfen, ſondern ſich ſchon meiſtens aus den Verhandlungen der Partheyen und allenfalls durch Augenſchein ergeben, was Pertinenz ſey, was nicht.

Die Mittel des Beweiſes ſind die gewöhnlichen, ausgeſchloſſen iſt deren im Allgemeinen keines.

XI.

Promissio

facti alieni.

Im März 1818.

Wenn jemand ein Factum alienum verspricht, wenn er verspricht, daß ein anderer eine Sache geben — alium daturum — oder daß er eine sonstige Handlung vornehmen solle — alium facturum — so versteht es sich von selbst, daß dies Versprechen für den andern nicht verbindlich sey. Aber zweifelhaft ist es, ob und wie weit ein solches Versprechen für den Versprechenden selbst eine Verbindlichkeit hervorbringe. Diese Frage ward von den Rechtsgelehrten häufig untersucht, sie ist aber, obwohl von Einzelnen hin und wieder gute Ideen geäußert worden, durch ihre Bemühungen mehr verwirrt, als entwirrt, und zur Zeit keinesweges aufs Reine gebracht.

Wenn wir zuvörderst vom Römischen Recht abstrahiren, und bloß die Gesetze erforschen wollen, welche die Vernunft vorschreibt, so finden wir, daß die Rechtsgelehrten selbst darüber nicht einig sind, welche Grundsätze über diese Frage dem Naturrecht gemäß sind, ob nämlich die Promissio facti alieni nach dem Naturrecht für den Promittenten verbindlich, oder ob sie es nicht sey.

Leyser [1]) z. B. glaubt das Letztere, und führt folgende Gründe an: Nam, dum aperte de altero loquor, nec quidquam de meo admisceo, aperte satis prae me fero, me mihi necessitatem nullam imponere velle. Alter paciscens ergo, qui fidejussionem vel evictionis praestationem a promittente exigere voluit, mentem clarius exprimere debuit et quia id non fecit, damnum, si quod patitur, imprudentiae suae imputet. Hert [2]) hingegen, welcher den philosophischen Rechtsgelehrten beyzuzählen ist, lehrt das erstere. Er sagt: Utut, si nudum naturae jus spectetur, hoc aliter se habeat, nam qui factum alienum promisit, ne frustra contraxisse intelligatur, promisisse utique videtur, nihil se omissurum, quod ex sua parte ad id implendum facere poterat.

Indem ich nun meine Meinung vortrage, will ich den Leser nicht aufhalten, sondern ihn gleich Anfangs auf den Standpunct stellen, von wo aus er auf die leichteste Art zu einer, wie ich glaube, richtigen Ansicht dieser ganzen Materie gelangen kann.

Ich halte mit Leyser dafür, nach dem bloßen Naturrecht sey die Promissio facti alieni ungültig, aber aus andern Gründen. Auch werde ich

---

1) Spec. 521. med. 7.

2) De obligatione alium daturum facturumve disquis. sect. I. §. 1. (Opusc. Vol. 1. tom. 3. p. 248. seq.)

diesen Satz so einschränken, daß, obwohl ich eine der Hertischen entgegengesetzte Meinung hege, man sehen wird, dieser sey der Wahrheit sehr nahe gewesen, und er würde sie gefunden haben, wenn er nur gehörig unterschieden hätte.

Allerdings ist die Promissio facti alieni, wie für den dritten, also auch für den Prommittenten unverbindlich, und zwar ist sie es deshalb, weil das Object ihres Vertrages der Disposition dieser Contrahenten nicht unterworfen ist. Allein, diese *Promissio facti alieni* wird gewöhnlich keine andere Auslegung zulassen, als daß der Versprechende *eo ipso*, daß er ein Factum alienum verspricht zu einem Facto proprio sich verbindlich macht. Dies Factum proprium ist es dann, was, in der Promissio facti alieni eingehüllt, den wahren Gegenstand des Vertrags ausmacht, zu dessen Leistung der Versprechende hier so gut, wie bey jedem andern Vertrage, verbunden ist. Der Unterschied besteht nur darin, daß die Erfüllung des Facti proprii von einem Facto alieno abhängt, was dann die Folge hat, daß der Versprechende, auch bey dem besten Willen, nicht immer im Stande seyn wird, sein Versprechen zu erfüllen. Dabey entsteht dann die Frage, ob, wenn er nicht im Stande war, das Factum alienum zu bewirken, nach dem Naturrecht eine subsidiarische Verbindlichkeit zur Entschädigung vorhanden seyn würde, deren Erörterung aber für jetzt auszusetzen ist. Wenn also

Jemand z. B. verspricht, ein anderer solle diese oder jene Handlung vornehmen, so leidet dies keine andere Auslegung, als, er wolle bewirken oder es zu Wege bringen, daß der Dritte die Handlung vornehme, und es ist also nicht sowohl die fremde Handlung, wozu der Versprechende sich verbindlich macht, was nicht möglich ist, sondern eine eigene, die er verspricht. Das Efficere, ut alius det vel faciat, macht hier den wahren Gegenstand des Vertrages aus. Man muß mithin immer unterscheiden die Promissio facti alieni — und die Promissio facti proprii, die in jener vielleicht eingeschlossen liegt, versteckt oder offenbar; jene ist ungültig, diese gilt. Das ganze Geheimniß ruht darin, daß man beydes scharf unterscheidet, diesen Unterschied stets lebhaft bey sich erhält, und in einzelnen Fällen die Meinung der Contrahenten richtig auszulegen versteht [3]).

§. 2.

Grundsätze des Römischen Rechts über die *Promissio facti alieni.*

Die Dogmen, welche das Römische Recht aufstellt, sind im Ganzen keine andere, als diejenigen sind, welche wir, als durch die Vernunft

---

3) Von diesem Unterschiede kommt in den Schriften der Rechtsgelehrten nicht viel mehr, als die Spur vor, keinesweges ist er gehörig hervorgehoben und durchgeführt.

geboten gefunden haben und es ist keineswegesmit Hert ein Widerstreit zwischen dem Naturrecht und dem Römischen zu statuiren.

Das Römische Recht stellt zuvörderst den Grundsatz auf: Die Promissio facti alieni ist ungültig und es entsteht dadurch selbst für den Promittenten überall keine Verbindlichkeit.

1) §. 3. *J. de inut. stipul.*

Si quis alium daturum facturumve quid promiserit, non obligabitur, veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret, spoponderit, obligatur.

2) *L.* 83. *pr. D. de Verb. Oblig. Paulus.* Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur, itaque alius pro alio promittens, daturum facturumve eum non abligatur, nam de se quemque promittere oportet, et qui spondet, dolum malum abesse, abfuturumque esse, non simplex abnutivum spondet [4]), sed curaturum se, ut dolus malus absit. Idemque et in illis stipulationibus, *habere licere:* item, *neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat.*

3) *L.* 38. *pr. D. de Verb. Oblig. Ulpianus.* Stipulatio ista, *habere licere spon-*

4) i. e. non simpliciter abfore spondet. *Duker* opuscula de latinit. ICtorum vet. p. 383.

des? hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat: quae res facit, ut videatur reus promisisse, per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promisisse; *nemo autem alienum factum promittendo obligatur;* et ita utimur, sed se obligat, *ne ipse faciat, quo minus habere liceat;* obligatur etiam, *ne heres suus faciat,* vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat. §. 1. Sed si quis promittat, *per alium non fieri* praeter heredem suum: dicendum est, inutiliter eum promittere factum alienum. §. 2. At si quis velit factum alienum promittere: poenam vel quanti ea res sit, potest promittere; sed quatenus habere licere videbitur? si nemo controversiam faciat, hoc est, neque ipse reus neque heredis ejus heredumve successores. §. 13. Si quis dolum malum promissoris heredisque ejus abesse velit, sufficere, *Abesse, abfuturumque esse,* stipulari: si vero de plurium dolo cavere velit, necessarium esse adjici, *Cui rei dolus malus non abest, non abfuerit; quanti ea res erit, tantam pecuniam dare spondes?*

Man möchte nun glauben, es beziehe sich dies bloß auf die Stipulation, als von welcher in die-

sen Stellen zunächst die Rede ist, und es sey der Satz, die Promissio facti alieni ist ungültig, aus der Natur der Stipulation zu erklären und auf selbige zu beschränken. Wirklich wird von manchen die Sache so dargestellt z. E. von Glück [5], Günther [6], Höpfner [7]. Nimmt man dies an, so sind alle Schwierigkeiten dieser Materie leicht zu überwinden und jener Satz für uns so gut, als nicht geschrieben. Allein daraus, daß die Römischen Gesetze jenen Grundsatz bey Gelegenheit der Stipulation aufstellen, folgt noch gar nicht, wie das Versprechen eines facti alieni außer der Stipulation gültig und für den Promittenten verbindlich sey. Vielmehr ist die Natur der Sache dafür, daß das Versprechen eines facti alieni für den Promittenten nur in so fern verbindlich seyn kann, als darin das Versprechen eines facti proprii enthalten ist. In der That ist jener Satz von der Stipulation ganz unabhängig. Nicht nur deuten manche Stellen in den bereits mitgetheilten Fragmenten darauf hin, sondern es geht dies besonders aus folgender Aeußerung des Hermogenian hervor.

L. 65. D. de fidejuss.

Sicut reus principalis non alias quam si de sua persona promittat, obligatur, ita

---

5) Erl. der π. 4r Thl. S. 206.
6) Princ. jur. rom. §. 939.
7) Com. über die Inst. §. 737.

fidejussores non aliter tenentur, quam si se quid daturos vel facturos promittant; nam reum principalem daturum vel facturum aliquid frustra promittunt, quia factum alienum inutiliter promittitur.

Daß Bürgen nicht gehalten sind, wenn sie ein Factum alienum versprechen, beweiset an sich zwar nichts, da die Bürgschaft bey den Römern durch die Form der Stipulation geschah. Aber der Vordersatz und die Schlußworte beweisen desto mehr. Auch der Hauptschuldner, dessen Verbindlichkeit doch nicht nothwendig aus einer Stipulation herrührt, haftet nach Hermogenian nur, welcher ein Factum proprium verspricht, und aus diesem Satz, nicht aber aus der Natur der Stipulation, wird die Folgerung abgeleitet, daß auch ein Bürge nicht haftet, wenn sein Versprechen ein Factum alienum zum Gegenstande hat. Es ist also jener Rechtssatz der Stipulation nicht ausschließlich eigen. Daß die Pandecten und Institutionen ihn bey Gelegenheit der Stipulation aufstellen, ist leicht zu erklären durch eine Bemerkung, die bey anderer Gelegenheit Vinnius macht, nämlich, daß die Römer die Gewohnheit hatten, nicht nur Pacta nuda in diese Form einzukleiden, sondern auch klagbaren Verträgen die Form der Stipulation am Ende anzuhängen, um die Verbindlichkeit zu verstärken [8]), und wie es da-

8) L. 134. §. 1. D. de Verb. Oblig. L. 7. §. 12. D. de pact.

her rühre, daß sie Grundsätze, die allen Verträgen gemein sind, bey Gelegenheit der Stipulation vortragen [9]).

Aber vielleicht schreiben die Unterscheidungen, die namentlich Justinian aufstellte zwischen dem *Promitto; Titium tibi daturum*, und *Promitto; me effecturum, ut Titius tibi det*, sich aus der Natur der Stipulation, als einem Contractus stricti juris, her? Auch das ist mir nicht wahrscheinlich. Ich will wohl zugeben, daß bey diesen Contracten mehr auf das strenge Recht, als auf Billigkeit gesehen wird, und daß der Richter bey der Stipulation dem Kläger, der Quantität nach, nicht mehr zuerkennen könne, als was ausdrücklich versprochen ist; allein, was die eigentliche Auslegung solcher Contracte betrifft, scheint es mir, daß sie sich von andern Contracten wenig oder gar nicht entfernen, wozu es auch keinen Grund gibt. Es scheint mir vielmehr, dem ächten Römischen Recht gemäß zu seyn, daß auf die Absicht der Contrahenten und das, was sie durch die gebrauchten Worte haben sagen wollen, allerdings Rücksicht zu nehmen, und daß die Regel, welche von Verträgen überhaupt, wie von Gesetzen gilt: Der Geist gilt mehr, wie die Worte oder der Buchstabe [10]): auch hier anwend-

---

9) S. *Vinn.* ad tit. J. de Verb. Oblig. praef. Nr. 4.

10) *L.* 219. *de Verb. Sign.* In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.

bar sey, weshalb ich auch die Definitionen mancher Lehrbücher, wornach das Wesen jener Contracte darin bestehen würde, daß dabey mehr auf die Worte, als auf die Absicht der Contrahenten Rücksicht zu nehmen sey, keineswegs für richtig halte. Nur so viel ist richtig, daß in zweifelhaften Fällen die Auslegung gegen den Stipulirenden zu machen, aber dieser Satz ergibt sich keineswegs aus der besondern Natur der Stipulation, sondern folgt daraus, daß er es war, welcher sich etwas versprechen ließ und der sich also hätte deutlicher ausdrücken müssen [11]) Auch beschränkt sich diese Regel nicht bloß auf die Stipulation, sondern gilt allgemein.

Selbst die bereits mitgetheilten Stellen der Pandecten bestätigen, daß die Stipulation wahre Auslegung nicht verschmäht — und zu den Rechtssätzen, die sie enthalten, wollen wir jetzt zurückkehren.

---

11) Dies Alles scheint mir aus der Vergleichung mehrerer Stellen hervorzugehen. L. 38. §. 18. et 19. L. 80. L. 99. D. de Verb. Oblig. L. 99. de stip. praet. Und kaum habe ich dieses niedergeschrieben, so finde ich eine Art von Bestätigung bey Averani. Derselbe lehrt, unter Berufung auf L. 36. §. 1. D. de usufr. und L. 96. D. de reg. jur. — *etiam in stipulationibus, quid actum sit, inspiciendum est* und selbst unter Berufung auf L. 80. D. de Verb. Obl. hinzu: *et ut potius valeat, quam pereat stipulatio, est interpretanda Averani* Interp. jur. 4. 15. 2. S. auch *Vinn.* ad §. 3. J. de div. stipul.

Das Römische Recht stimmt auch darin mit dem natürlichen überein, daß die Promissio facti alieni insoferne für den Promittenten verbindlich ist, als darin eine Promissio facti proprii enthalten ist. Wir haben gesehen, wenn Jemand verspricht, er wolle bewirken — se *effecturum*, ut alius det vel faciat, — ein solches Versprechen gilt und bindet. Zwischen diesem Versprechen und dem Versprechen se *curaturum*, ut alius det vel faciat, ist in der Römischen Sprache kein Unterschied [12]). Hier macht dann das *Efficere*, das *Curare*, ut alius det vel faciat, also kein factum alienum, sondern vielmehr proprium das Object des Versprechens aus.

Nur wenn *simpliciter* ein Factumalienum versprochen worden, ist das Versprechen nach Römischem Recht von keinem rechtlichen Bestande. Dieses stimmt, wie wir gesehen haben, mit dem natürlichen Rechte überein. Ich habe aber gesagt, das Versprechen eines Facti alieni werde gewöhnlich keine andere Auslegung zulassen, als daß der Versprechende eo ipso zu einem Facto proprio verbunden seyn will. Nun scheint mir dies eine Eigenthümlichkeit des Römischen Rechts zu seyn, daß es eine solche Auslegung in sehr enge Schranken einschließt, ja sie im Allgemeinen gar nicht zuläßt. Hat Jemand simpliciter ein Factum alie-

12) Hert a. a. O. §. 4. Besonders *Hotoman* ad §. 3. J. de inutil. stipulat.

num versprochen oder hat er ein Versprechen geleistet, was ein Factum alienum mit in sich begreift, hat er dann nicht ausdrücklich sich verbindlich gemacht, es zu bewirken, daß das Factum alienum geschehe oder unterbleibe — denn das Factum alienum, was versprochen wird, kann auch Unterlassung (factum omissionis) seyn — so ist das Versprechen von keiner Gültigkeit. Es verpflichtet den Versprechenden nicht, das Factum alienum zu bewirken, noch, wenn es unterbleibt, das Interesse zu prästiren, es sey denn, daß Letzteres besonders versprochen ist. Es müssen besondere Umstände hinzukommen, wenn ein simples Versprechen eines Facti alieni so ausgelegt werden soll, daß angenommen werden darf, der Versprechende habe sich zur Hervorbringung desselben verbindlich gemacht.

Es scheint mir jedoch, daß nicht alle Römischen Rechtsgelehrten hierüber gleich dachten. Es scheint mir vielmehr, daß Paulus, auch ohne solche, zu jener Auslegung berechtigende Umstände dafür hielte, wie schon immer ein simples Versprechen eines Facti alieni so auszulegen sey, als habe der Versprechende sich implicite zu einem Facto proprio, nämlich zum Bewirken, verbindlich gemacht. Es ist zwar meines Wissens keinem Ausleger in den Sinn gekommen, einen Widerspruch zwischen den Aeußerungen des Paulus und des Ulpian anzunehmen oder auch nur zu ahnden; mir aber scheint es klar zu seyn, daß beyde von ganz

verschiedenen Grundsätzen ansgingen. Paulus war zwar gleichfalls der Meinung, ein simples Versprechen eines Facti alieni sey ungültig, aber, scheint er zu sagen, wenn z. E. Jemand Abwesenheit der Gefährde verspricht, muß er dafür haften, daß kein Dritter sich derselben schuldig mache; er hat nämlich nicht simpliciter ein Factum alienum versprochen; sondern in seinem Versprechen lag es, er wolle dafür sorgen, daß der Mitcontrahent auch von keinem Dritten gefährdet werde, mithin versprach er in der That ein Factum proprium. Ulpian hingegen beschränkt die Wirkung eines solchen Versprechens, so wie ähnlicher, die Facta (omissionis) aliena unter sich begreifen, auf die Person des Contrahenten und seines Erben, weil nur ein Versprechen bindet, was auf ein Factum proprium gerichtet ist, aber so weit es darüber hinausgeht, es ungültig ist.

Bey diesem Dissensus kann es keinen Zweifel leiden, daß die Meinung Ulpians, welche Justinian in seinem Elementarbuch als das geltende Recht vorträgt, vor der Meinung des Paulus den Vorzug verdiene, ob er gleich an und für sich ihr nicht gebührt.

Die Meinung, die ich jetzt äußern werde, wird man vielleicht sehr sonderbar finden. Das soll mich aber nicht abhalten, sie vorzutragen.

Nämlich, es könnte wohl seyn, daß jene Eigenthümlichkeit des Römischen Rechts und der Unterschied, den Justinian aufstellt zwischen

dem *Promitto*, *Titium*, *e. g. quinque aureos tibi daturum*, und dem *Promitto*, *me effecturum*, *ut Titius det* — bloß in der Sprache läge. Die Worte, *Promitto*, *Titium tibi daturum* scheinen unserm deutschen Ausdruck: Ich verspreche, daß Titius Dir z. E. fünf Ducaten geben soll, keineswegs völlig gleich zu seyn; beyde scheinen nicht ganz dieselben Ideen zu erregen. Die Römischen Worte stellen das Factum alienum in die Zukunft, erregen die Hoffnung, daß es geschehen werde, drücken aber den Zwang nicht so, wie die Deutschen aus, und lassen es wenigstens zweifelhaft, ob der Dritte durch den Versprechenden dahin gebracht werden soll, die Handlung vorzunehmen. Sobald nun die Meinung des Versprechenden zweifelhaft ist, tritt jene Regel des Römischen Rechts ins Mittel, wornach in zweifelhaften Fällen die Auslegung gegen denjenigen zu machen ist, der sich etwas versprechen ließ und der sich also deutlicher hätte ausdrücken sollen. Diese Regel ist es, die hier auf allen Fall in Betrachtung kam.

§. 3.

Fälle, in denen nach Römischem Recht das simple Versprechen eines Facti alieni verbindlich ist.

Es kommen im Römischen Recht mehrere Fälle vor, in welchen das Versprechen eines Facti alieni

für verbindlich erklärt wird, obgleich es nur simpliciter abgelegt ward. Diese Fälle heben die Regel nicht auf und können nicht einmal als Ausnahmen von der Regel betrachtet werden.

Diese Fälle sind nämlich von der Art, daß aus den Umständen erhellt, es sey die Absicht des Versprechenden gewesen, sich selbst verbindlich zu machen.

Der erste dieser Fälle, oder den wir als solchen aufstellen wollen, betrifft das Versprechen, was der Schuldner leistet, ein Dritter werde sich für ihn verbürgen. Es ist dies nur eine andere Form der Rede für das gewöhnliche Versprechen, einen andern als Bürgen für sich zu stellen. Hier ist es also ein Factum proprium, was nach der Auslegung, welche die Umstände an die Hand geben, in dem Versprechen des Facti alieni enthalten ist.

L. 14. §. 2. *D. de const. pec.*

Sed et si quis certam personam fidejussuram pro se constituerit, nihilominus tenetur, ut Pomponius scribit, qui tamen si ea persona nolit fidejubere? puto teneri eum, qui constituit, nisi aliud actum est. Quid si ante decessit? Si mora interveniente, aequum est, teneri eum, qui constituit, vel in id quod interest, vel ut aliam personam non minus idoneam fidejubentem praestet: si nulla mora interveniente, magis puto non teneri.

Ein zweyter Fall betrifft die *Cautio de judicio sisti* oder das Versprechen, daß ein anderer im Gericht erscheinen, sich vor Gericht stellen solle. In diesem Fall ist abermals ein Factum proprium versprochen; der eine will den andern vor Gericht stellen, oder bewirkeu, daß der andere vor Gericht erscheine.

1) *L.* 81. *D. pr. de Verb. Obl. Ulpianus.*

Quotiens quis alium sisti promittit, nec adjicit poenam (puta vel servum suum, vel hominem liberum) quaeritur, an committatur stipulatio? Et Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum, nisi steterit poenam dari: in id, quanti interest, contineri: et verum est, quod Celsus ait: nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum, ut stet.

2) *L.* 38. §. *paenult. D. eod. Idem.*

Si quis ita stipulatus fuerit, *illum sistas?* nulla causa est, cur non obligatio constat.

Ein dritter Fall betrifft die *Cautio de rato:*

1) *L.* 18. *D. Rat. rem haberi. Pomponius.*

Si procurator *ratam rem dominum heredemve ejus habiturum caverit*, et unus ex heredibus domini ratum habeat; alter non habeat: sine dubio committetur stipulatio pro ea parte, pro qua ratum non habebitur: quia in id committitur, quod

stipulatoris intersit. Nam etsi ipse dominus pro parte ratum habuerit, pro parte non habuerit: non ultra, quam in partem committetur stipulatio: quia in id committitur, quod intersit agentis.

2) *L. 19. eod. Paulus.*

In stipulatione, qua Procurator cavet, ratam rem dominum habiturum, id continetur, quod intersit stipulatoris. Idemque juris est in clausulis omnibus de dolo malo.

Diese Fälle bestätigen zugleich, daß die besondere Natur der Stipulation auf diese Lehre von keinem Einfluß sey. Vielmehr grade Stipulationen sind es, welche bey den beyden zuletzt erwähnten Fällen zum Grunde liegen, und dennoch wird bey ihnen eine Auslegung gemacht, die sich nicht strenge an die Worte hält. Man glaube nicht, es sey dies eine Eigenthümlichkeit prätorischer Stipulationen. Von solcher Singularität ist kein hinlänglicher Grund zu erreichen. Wenn zwischen ihnen und den Conventionalstipulationen ein Unterschied ist, so besteht er nur darin, daß bey den letztern der Prätor Rücksicht nimmt auf die Meinung der Contrahenten, bey den erstern auf seine eigne [13]). Auf das, quod actum est, kömmt es bey beyden an.

---

13) L. 15. ult. L. 9. de stip. praet. *Vinn.* ad §. 3. J. de divis. stipul.

§. 4.

Usus modernus.

Wenn es richtig ist, wie wohl nicht bezweifelt werden kann, es sey Grundsatz des Römischen Rechts, daß die Promissio facti alieni für den Versprechenden insofern verbindlich ist, als sie eine Promissio facti proprii enthält, so scheint es dann nicht sowohl *quaestio juris*, als vielmehr *facti* zu seyn, ob in einem gegebenen Fall der Promittent, indem er ein Factum alienum versprach, sich selbst verbindlich zu machen, die Absicht hatte. Dabey wird es dann nicht darauf ankommen, welchen Sinn diese oder jene Ausdrücke haben würden, wenn sie Römisch ausgedrückt würden, sondern, welche Bedeutung wir im Deutschen damit zu verknüpfen gewohnt sind. Hiernach könnte eine simpliciter abgelegte Promissio facti alieni verbindlich seyn, wenn die Ausdrücke von der Art sind, daß daraus auf den Willen des Promittenten, sich selbst verbindlich zu machen, geschlossen werden kann. Ich glaube, man könne dieses annehmen, unbeschadet der Grundsätze des Römischen Rechts, wenn es anders richtig ist, was ich oben vorgetragen habe, daß der Grund des Unterschiedes zwischen dem Promitto, Titium tibi daturum und dem Promitto, me effecturum, ut Titius tibi det, aus der Natur der Römischen Sprache zu erklären sey. Wenigstens ist soviel gewiß und darin stimmen wohl alle überein, daß, wenn wir

im Deutschen sagen: Ich verspreche, Titius soll Dir z. B. 1000 Thlr. zahlen, diese Ausdrücke füglich keine andere Auslegung zulassen, als wenn jener gesagt hätte: Ich will bewirken, daß Titius Dir 1000 Thlr. zahle. Im erstern Fall kann seine Meinung keine andere seyn, als er im letztern deutlicher ausspricht. Doch zweifelhaft ist seine Meinung auch im ersten Fall nicht und nur in zweifelhaften Fällen könnte die Regel: Interpretatio facienda contra eum, qui clarius loqui debuisset, sich geltend machen.

Auch die Umstände könnten in dieser Sphäre in Betrachtung zu ziehen seyn, indem sie jenen Schluß rechtfertigen, unterstützen, auch wohl entkräften könnten. Und wie sollten nicht die Umstände in Betrachtung zu ziehen seyn bey einer Frage, die sich aus einer quaestio juris in eine quaestio facti auflöst? Auch dieses scheint die Auctorität des Römischen Rechts für sich zu haben.

Aber nicht immer, wenn Jemand ein Factum alienum verspricht, ist es seine Meinung, daß er es bewirken will. Setzen wir den Fall, das Jemand, indem er in dem Wahn steht, er sey dazu autorisirt, dem dritten eine Verbindlichkeit aufzulegen, er sey Mandatar desselben, ohne sich grade für einen solchen auszugeben, jenes Versprechen leistet. In diesem Fall hat er ohne Zweifel die Absicht nicht, sich persönlich verbindlich zu machen. Er will weder das selbst entrichten, was nach seinem Versprechen der Andere entrichten soll, noch

ist man berechtigt anzunehmen, daß er die Handlung von Seiten des Dritten habe bewirken wollen.

Ja, Jemand kann sogar ausdrücklich das Bewirken versprochen haben und ist dennoch nicht verbunden. Zu dieser Idee verhilft mir Leyser. Er erzählt [14]): Ein öffentlicher Beamter hatte dem klagenden Gläubiger versprochen, er wolle ihm sein Geld von dem Schuldner, welcher der Gerichtsgewalt jenes Beamten unterworfen war, verschaffen. Der Beamte that auch die nöthigen Schritte, ging aber vom Amte ab, ehe denn der Gläubiger sein Geld empfangen hatte, und da dieser überhaupt von dem Schuldner keine Zahlung erhalten konnte, belangt er aus jenem Versprechen den Beamten. Leyser fand, dieser sey frey zu sprechen, weil von demjenigen, der etwas als Beamter verspricht, nicht anzunehmen sey, daß er die Absicht gehabt habe, seine Person verbindlich zu machen [15]).

Die Entscheidung war freilich sehr leicht. Dieser Fall war nämlich von der Art, daß aus den Umständen erhellte, wie der Versprechende nicht persönlich verbindlich seyn wolle. Ja, in der That versprach er überhaupt nichts, sondern gab nur die Versicherung, daß er dasjenige erfüllen werde, wozu er als Beamter schon von selbst verbunden war.

---

14) Spec. 521. med. 11.
15) Arg. L. 20. D. de institor. act.

Und da wir doch von Rechtshändeln reden, gedenken wir billig eines andern von Leyser der Vergessenheit entrissenen Falls, der ebenfalls sehr dazu dienen kann, diese Materie aufzuhellen, und, wie Beispiele überhaupt thun, die Theorie einleuchtend zu machen.

Rußische Kriegsvölker hatten den Sommer des Jahrs 1713 in Pommern zugebracht. Die Einwohner dieses Landes besorgten, sie mögten sich nicht allzu wohl dabey befinden, wenn diese bewaffneten Gäste bey ihnen auch noch überwinterten, womit sie gedroht hatten, wenn man ihnen nicht zur Rückfahrt behülflich wäre; es war ihnen daher sehr daran gelegen, daß jene vor Anfang des Winters, auf schnellen Schiffen in ihre Heimath zurückgeführt würden. Aber die Schiffer wollten sich nicht dazu verstehen, ihre Schiffe zum Transport herzugeben, indem sie fürchteten, sie möchten nach der Ueberfahrt von den Russen zurückgehalten werden. Worauf sich der Königliche Preußische Bewollmächtigte, Generallieutenant von Bork, ins Mittel legte. Nachdem er von dem Führer der Russen, Fürsten Menzikoff, die Versicherung erhalten hatte, die Schiffe sollten nach der Ueberfahrt in den Rußischen Häfen nicht zurückgehalten werden, contrahirte er mit den Schiffern, und versprach ihnen unter andern ungehinderte Rückkehr. In dem Contract kamen folgende hieher gehörige Worte vor: Es sollen die Schiffer, sobald sie die Lieferug prästirt, frey seyn

und auf das Schleunigste entlassen werden, laut der darüber vom Fürsten Menzikoff ausgestellten Versicherung d. d. Stettin, d. 15. Oct. 1713. Was die Schiffer besorgten, traf ein und erst nach langem Aufenthalt gelang ihnen die Rückkehr. Als sie nun den Königlichen Bevollmächtigten, der ihnen freie Rückkehr versprochen hatte, in Ansprache nehmen wollten, und deshalb in Helmstädt die Juristen um Rath fragten, widerriethen diese ihnen, ihr Vorhaben in Ausführung zu bringen. Leyser führt diesen Fall zur Bestätigung der Regel an, daß die Promissio facti alieni den Promittenten nicht verpflichtet [16]).

In der That ward, nach meinem Ermessen, dieser Fall ganz richtig entschieden. Zwar scheint es, der Promittent habe hier die Bewirkung eines facti alieni versprochen; denn er versprach ja, es sollten die Schiffer sogleich nach vollbrachter Lieferung frey seyn, und auf das Schleunigste entlassen werden; ich glaube auch, dies wäre, zumal unter den Umständen, unter welchen das Versprechen geschah, anzunehmen gewesen, wenn jenes Versprechen simpliciter geleistet wäre. Aber die hinzugefügten Schlußworte gaben zu erkennen, daß der Promittent persönlich nicht haften wollte, indem die Schiffer dadurch auf denjenigen, von welchem ihre Entlassung ab-

---

16) S. *Leyser* spec. 521. med. 7.

hing, und dessen gegebene Versicherung verwiesen wurden; wie denn auch in den Entscheidungsgründen auf diesen Umstand ein besondres Gewicht gelegt ward. Der Contract enthielte nur eine Aussage über das, was die Schiffer zu erwarten hatten, keine Verbindlichmachung. Nicht der Promittent wollte die Entlassung bewirken, noch die nachtheiligen Folgen der gehinderten Rückkehr übernehmen, sondern dem Dritten selbst, von dessen Factum (*omissionis*) hier die Rede war, vertrauten sie; dies gaben jene Worte deutlich zu erkennen. —

Hiernach ist nun die Promissio facti alieni bald ganz ungültig, was, wenn sie simpliciter geschieht, doch immer die Regel ausmacht, bald wird sie die Person des Promittenten verpflichten und dies Letztere der gewöhnliche Fall seyn. Die Verpflichtung desselben kann dann entweder ausdrücklich bloß darauf gerichtet seyn, daß er sich um das Zustandebringen des Facti alieni bemühen wolle, oder er hat (ausdrücklich oder implicite) versprochen, das Factum alienum zu bewirken oder zu Wege zu bringen.

Hier entsteht nun die Frage, ob zwischen diesen Fällen in Ansehung der Wirkung ein Unterschied sey oder nicht vielmehr in beyden die Verpflichtung des Promittenten auf *cura* und *diligentia* sich gleichförmig beschränkt. Diese Frage werden wir im folgenden Paragraphen zu erörtern Gelegenheit haben.

§. 5.

Untersuchung der Frage, wozu derjenige verbunden sey, welcher sich zum Bewirken eines Facti alieni verpflichtet hat.

Leyser [17]) lehrt: Wer versprochen habe, sich zu bemühen, daß das Factum alienum zu Stande komme, leiste seiner Verbindlichkeit durch Fleißanwendung ein Genüge, und wenn seine Bemühung vergeblich sey, sey er außer Verantwortung. Dieses versteht sich. Allein er setzt hinzu: Wer aber versprochen habe, das Factum alienum zu bewirken, der müsse auch den Erfolg gewähren, und wenn er dazu nicht im Stande sey, das Interesse leisten. Dieses versteht sich grade nicht, sondern ist problematisch. Indessen ist, was Leyser lehrt, die gewöhnliche Meinung. Ihr ist unter andern auch Vinnius [18]) zugethan, welcher jedoch noch unterscheidet, ob das versprochene Factum alienum auf *Dare* oder auf *Facere* gerichtet sey. Im letztern Fall fordert der Promissar in subsidium Id, quod interest. Wird aber versprochen: *Alium facturum*, so soll der Versprechende, der dies zu bewirken verheißen, wenn sein Versprechen nicht in Erfüllung geht, nach Vinius schuldig seyn, das selbst zu entrichten,

---

17) Spec. 521. med. 9 et 10.
18) Ad §. 3. J. de inutil. stip. nro. 2.

was er von dem andern versprochen. Den Beweis davon soll enthalten folgende Aeußerung des Cajus.

L. 73. pr. D. de leg. I.

Si heres jussus sit *facere, ut Lucius centum habeat*, cogendus est heres centum dare; quia nemo facere potest, ut ego habeam centum, nisi mihi dederit.

Diese Lehre ist des großen Mannes nicht würdig, wenigstens dieser Beweis nicht. Zuvörderst müßte die ganze Lehre doch auf Fälle beschränkt werden, wo vom Geben fungibler Sachen, z. B. des Geldes, wovon die Stelle nur spricht, die Rede ist. Dann aber ist 1. was von Vermächtnissen gilt, nicht sogleich auf Verträge anwendbar; und wenn der Erblasser den Erben anweist, zu machen, daß der Legatar hundert Reichsthaler habe, so ist dies nur eine, freilich seltsame, Umschreibung der Verordnung: Mein Erbe soll dem Legatar hundert Reichsthaler geben.

2. Man kann indessen immerhin einräumen, die Lehre des Cajus sey wirklich auch auf Verträge anwendbar. Nämlich, wenn Jemand versprochen hätte, er wolle machen, daß der andere hundert Reichsthaler habe, so würde dies Versprechen ihn verpflichten, sie ihm zu geben. Allein dann ist auch nicht die Rede von einem Facto, was ein Dritter vornehmen soll, sondern ein reines Factum proprium macht den Gegenstand

des Vertrags aus. Es ist ja ein großer Unterschied, ob Jemand verspricht, er wolle machen, daß Lucius hundert Thaler habe, oder: er wolle bewirken, daß Cajus sie ihm gebe. Im letztern Fall wird ein Factum alienum und zugleich ein Factum proprium versprochen, und es ist dies Versprechen von der Art, daß es ohne Handlung eines Dritten nicht in Erfüllung gehen kann; im erstern hingegen handelt es sich von einem Facto proprio, was füglich ohne Mitwirkung eines Dritten, von welchem gar die Rede nicht war, erfüllt werden kann. Das eine Versprechen kann nur erfüllt werden, wenn der Dritte will; das andere kann der Promittent erfüllen, wenn er selbst nur will.

Wenn nun jener von Vinnius aufgestellte Unterschied verwerflich ist, so frägt es sich nur noch, ob beym Ausbleiben des Erfolges die Leistung des Interesse gefordert werden könne?

Der Natur der Sache nach, muß die Frage verneint werden. Denn, indem Jemand ein Factum alienum verspricht, macht er sich ja zu etwas verbindlich, was nicht von seinem Willen abhängt. Was von ihm abhängt, ist bloß Anwendung der Mittel, die ihm etwa zu Gebote stehen, auf den Willen des andern einzuwirken und diesen in Thätigkeit zu setzen. Das kann er versprechen — und das nur verspricht er, indem er jenes Versprechen leistet, was, insofern es hierüber hinausgeht, auf etwas Ungereimtes führt. Denn, wie kann

sich Jemand verbindlich machen zu etwas, was unmöglich ist? Daher muß er sich zwar bemühen und dahin streben, daß das Factum alienum zu Stande komme; den Erfolg hingegen kann man von ihm nicht fordern. Der versprochene Erfolg kömmt nur insofern in Betrachtung, als in ihm das versprochene Streben nach dem Erfolg enthalten ist; er selbst liegt außer der Sphäre eines möglichen Versprechens, und ist von dem, was er in sich schließt, dem wahren Gegenstande des Vertrags, entkleidet, eine leere und müssige Zugabe.

Sollten diese Grundsätze nicht auch dem Römischen Recht gemäß seyn? Das Römische Recht erkennt ja im Allgemeinen den Grundsatz an: Zu dem Unmöglichen gibt es keine Verbindlichkeit [19]). Daher gilt ein Vertrag nicht, der gleich Anfangs auf etwas Unmögliches gerichtet ist; daher wird ein Promittent seiner Verbindlichkeit entledigt, wenn sich Umstände ereignen, welche machen, daß das, was Anfangs möglich war, in der Folge unmöglich wird [20]); ferner ist ungültig ein Vertrag, welcher unter einer (affirmativen) unmöglichen Bedingung eingegangen ist, weil derjenige nicht den Willen hat, sich verbindlich zu machen, der etwas für einen Fall verspricht, der sich nie zu-

19) L. 31. L. 185. D. de reg. jur.

20) L. 35. pr. L. 83. §. 5. D. de Verb. Obl. §. 2. J. de inutil. stipulat.

tragen kann [21]). Nur dann haftet der Promittent und ist verbunden, das Interesse zu prästiren, wenn es an ihm liegt, daß nicht in Erfüllung gehen kann, was er versprach [22]).

Diese Grundsätze, so scheint es, müssen nun auch in dieser Sphäre Anwendung finden, und darnach würde das Promitto, me effecturum, ut Titius det vel facia, nur insoweit verbindlich seyn, als die Erfüllung in des Promittenten Kräften steht, nicht weiter. Er müßte, soviel an ihm ist, das Factum alienum hervorzubringen suchen, das Interesse prästiren, wenn es an ihm liegt, daß sein Versprechen nicht in Erfüllung ging; mißlänge sein Bemühen, wäre er außer Verantwortung.

Es steht dem auch eben nicht entgegen, was Ulpian vom Schuldner lehrt, der einen Bürgen für sich zu stellen, also mit andern Worten zu bewirken, versprochen, daß ein Ditter für ihn sich verbürge.

Wenn das Versprechen nicht in Erfüllung geht, weil derjenige, der sich verbürgen sollte, vorher stirbt, so unterscheidet Ulpian, ob der Schuld-

---

21) L. 31. D. de obl. et act.

22) *L. 35. D. de V. Obl. Paulus.* Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit: non magis obligatio consistit, quam cum stipulor, *ut detur, quod dari non potest, nisi per quem stetit, quominus facere id possit.*

ner sich einer Verzögerung hieben zu Schulden kommen ließ oder nicht. Nur im Fall der Verzögerung ist der Schuldner verbunden, das Interesse zu leisten, außerdem aber nicht. Daraus scheint vielmehr zu folgen, daß überhaupt derjenige, welcher ein Factum alienum versprochen, nur dann zur Leistung des Interesse verbunden sey, wenn es an ihm liegt, daß jenes Versprechen nicht in Erfüllung geht, in andern Fällen aber nicht. Sonst hätte ja Ulpian den Schuldner ohne Unterschied für verbunden erklären müssen.

Bey allem dem ist dennoch anzunehmen, daß nach Römischem Recht die Verbindlichkeit desjenigen, der ein Factum alienum versprochen, sich auch auf den Erfolg erstrecke.

Schon, was Justinian lehrt: So Jemand verspricht, er wolle bewirken, daß Titius eine Sache gebe, ist er verpflichtet, — deutet darauf hin, daß die Verbindlichkeit des Versprechenden nicht auf Cura und Diligentia sich beschränke, sondern, daß sie — eben aufs Bewirken gerichtet sey.

Dann aber kömmt ganz besonders in Betrachtung, was von der Cautio de judicio sisti Ulpian lehrt. Hat nämlich Jemand versprochen, ein anderer solle sich vor Gericht stellen, so ist dies Versprechen für den Promittenten verbindlich. Es verpflichtet ihn, das Interesse zu erlegen, wenn der andere außen bleibt,

obgleich er sich nicht ausdrücklich dazu verbindlich gemacht. Diese allgemeine, Schuld oder Unschuld des Promittenten nicht berücksichtigende, Lehre des Celsus billigt Ulpian und führt als Grund an: Wer verspricht, ein anderer solle vor Gericht erscheinen, verspricht eo ipso, er wolle bewirken, daß der andere vor Gericht erscheine. Dies ist besonders merkwürdig; denn es gibt zu erkennen, daß die Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse aus der Verbindlichkeit, das Factum alienum zu bewirken, entspringt, nicht aber aus der Verschuldung, nämlich nicht aus der unterlassenen Fleißanwendung.

Wie ist nun aber die vorige Lehre des Ulpian mit der jetzigen zu vereinigen? Ein Widerspruch zwischen beyden ist nicht zu statuiren; vielmehr stimmt alles aufs Beßte überein.

Wahr ist es, daß nach Römischem Recht derjenige, welcher ein Factum alienum versprach, das Interesse zu leisten verbunden sey, wenn das Factum alienum unterbleibt. Dieser Satz, den die Rechtsgelehrten ohne Anführung von Belegstellen vortragen, ja ohne überhaupt Gründe anzuführen, wird hier besonders durch die zuletzt angeführte Stelle Ulpians bewiesen.

Es schließt aber dieser Satz einen andern nicht aus, welcher aus der vorigen Aeußerung Ulpians hervorgeht, der mit sich selbst nicht im Widerspruch stehen wird, nämlich aus demjeni-

gen, was Ulpian bey Gelegenheit des Verspre-chens lehrt, was der Schuldner gibt, einen Bürger. für sich zu stellen. Dieser andre Satz würde seyn: Jedoch befreyt absolute Unmöglichkeit, welche macht, daß das Versprechen, ein Factum alienum zu bewirken, schlechterdings gar nicht in Erfüllung gehen kann, den Promittenten von seiner Verbindlichkeit; nur muß der Promittent nicht in mora seyn; denn sonst ist er doch zur Leistung des Interesse verbunden.

Hiernach würde der Schuldner, der eine bestimmte Person als Bürgen zu stellen versprach, der Pflicht, das Interesse zu leisten oder einen andern eben so tüchtigen Bürgen für sich zu stellen, sich bloß deshalb nicht entziehen können, weil jener nicht bürgen will, obgleich es nicht von ihm abhängt, ihn dazu zu zwingen. Aber dann ist er seiner Verbindlichkeit entledigt, wenn der Bürge stirbt, ohne sich verbürgt zu haben, weil nun die Erfüllung des Versprechens absolut unmöglich geworden [23]). Wobey jedoch auch noch vorausgesetzt wird, daß er, sein Versprechen zu erfül-

---

23) Hiernach ist es auch vollkommen richtig, was bey Gelegenheit der Lehre vom sichern Geleit Criminalisten von den Bürgen lehren, welche den Beschuldigten vor Gericht zu stellen versprochen, nämlich daß sie durch den Tod des Beschuldigten, nicht aber durch die Beschwerde, ihn zu stellen, ihrer Pflicht entledigt werden. S. Kleinschrod Abhandl. aus dem peinl. Rechte. 2. Thl. S. 197. 198.

len, nicht widerrechtlich verschoben hat. Hätte also der Schuldner Titius am 1sten Januar versprochen, er wolle am 1sten Februar den Cajus als Bürgen für sich stellen und Cajus stürbe zwischen diesen Zeitpuncten, so wäre die Verbindlichkeit, die aus jenem Versprechen hervorging, erloschen. Der Tod des Cajus nach dem 1sten Februar würde die Verbindlichkeit nicht aufheben.

Hat Jemand nicht sowol das Bewirken eines Facti alieni, sondern principaliter versprochen, den andern zu entschädigen, wenn ein Dritter eine gewisse Handlung nicht vornehmen würde, so kann es wol keinen Zweifel leiden, daß der Promittent, auch bey der größten Fleißanwendung, ohne allen Unterschied und unter allen Umständen, zur Leistung der Entschädigung verbunden sey, wenn jenes Factum alienum unterbleibt. Er hat dann nicht sowol, ein Factum alienum zu bewirken, sondern unter Bedingung ein reines Factum proprium versprochen.

Dies bey Seite gesetzt, ist also bewiesen, wie die übernommene Verbindlichkeit, das Factum alienum zu bewirken, mit der übernommenen Verbindlichkeit, sich um das Factum alienum zu bemühen, keinesweges dieselbe sey; sondern jene, welche diese in sich schließt, reicht nach Römischem Recht weiter [24]).

---

24) Es verdient noch bemerkt zu werden: da der Promittent sich bloß zum Bewirken verbindlich gemacht

§. 6.

Critik einiger doctrineller Meinungen.

Wenn die bisher vorgetragenen Grundsätze die richtigen sind, so können abweichende es nicht seyn.

Ich habe daher schon das Urtheil über die Meinung ausgesprochen, welche nach Glück [25]) in diesem Kreise die richtigste seyn soll.

---

hat, so kann der Gläubiger seinen Antrag auch nur hierauf richten (in subsidium auf das Interesse); auch steht bey der obligatio dandi dem Promittenten das Recht zu, einen andern tüchtigen Schuldner zu substituiren. *L. ult.* §. 1. *D. de reb. cred.*

Labeo ait, cum decem curari stipulatus sis, ideo non posse te decem dari oportere intendere, quia etiam reum locupletiorem dando promissor liberari possit: quo scilicet significet, non esse cogendum eum accipere judicium, si reum locupletem offerat.

L. 67. *D. de Verb. Obl.*

Illa stipulatio decem millia salva fore promittis valet. §. 1. Eum, qui decem dari sibi curari stipulatus sit, non posse decem petere, quoniam possit promissor reum locupletem dando liberari, Labeo ait, idque et Celsus libro sexto Digestorum refert.

Er würde doch wol immer dafür haften, daß dieser wirklich Zahlung leiste. Ja, es scheint dies schon darin zu liegen, daß in diesen Stellen nicht von einem Dritten die Rede ist, der bloß zahlen will, sondern der auch zahlen kann.

25) a. a. O.

Es ist von der Meinung Herts die Rede, welcher einen Unterschied aufstellt zwischen einer Promissio facti alieni, die für eine Vergeltung und derjenigen, die ohne Vergeltung geschieht. Nicht die letztere, wol aber die erstere soll, nach Hert, zur Leistung des Interesse den Promittenten verpflichten. Bewiesen wird dieser Satz von Hert nicht; denn die Berufung darauf, daß Schenkungen nicht zu vermuthen sind, kann doch für keinen Beweis gelten. Das: Nemo praesumitur liberalis, möchte besonders hier sehr am unrechten Ort angebracht seyn, wo über das Factum gar nicht gestritten wird, ob Jemand habe schenken wollen, sondern was Rechtens sey, wenn er geschenkt (dem andern, ein Factum alienum zu bewirken, unentgeldlich versprochen) hat.

Die Römischen Gesetze unterscheiden nicht, ob Jemand, das Factum alienum zu bewirken, unentgeldlich oder gegen Vergeltung versprochen hat; also gebührt es auch uns nicht, zu unterscheiden. Der Promittent ist verbunden, das Factum alienum zu bewirken, nicht weil er eine Vergeltung empfangen oder ihm eine solche versprochen worden, sondern weil er sich dazu verbindlich gemacht; und kann er nicht grade das leisten, was er versprach, das Factum alienum selbst, so muß er das Interesse prästiren und wiederum enthält nicht die etwa empfangene oder versprochene Vergeltung den Grund dieser subsidiarischen Verbindlichkeit, sondern das Versprechen, was ihn, wenn er

es selbst nicht erfüllen kann, zu einem Aequivalent verpflichtet. Wir wollen allenfalls zugeben, daß die Vergeltung, die der Promittent erhielte, der Umstand, daß er von dem Promissar etwas empfing, die Verbindlichkeit, das Factum alienum zu bewirken oder das Interesse zu leisten, verstärkt, wenigstens daß diese Pflicht nicht so drückend erscheint und der Schein der Unbilligkeit mehr verschwindet, aber vorhanden ist jene Pflicht auch bey einem unentgeldlichen Versprechen; und wer aus Liebe oder Freundschaft gegen den Promissar das Bewirken des Facti alieni versprach, haftet ebensowohl, als ein Cedent, welcher zu bewirken sich anheischig machte, daß der Cessionar vom Schuldner Zahlung erlange.

Seine Lehre, daß bey einem unentgeldlichen Versprechen eines Facti alieni der Promittent nicht hafte, wenigstens zu weiter nichts verbunden sey, als zur Bemühung, schränkt Hert durch folgenden Zusatz wieder ein: nisi verba et natura negotii obligationem arctiorem inducant. Jene Vermuthung, die aus dem unentgeldlichen Versprechen eines Facti alieni entspringe, der Promittent wolle persönlich nicht haften, falle daher weg, wenn das Versprechen zugleich eine Expromission enthalte. Er führt ein Beyspiel an von einem Edelmann, welcher Jemanden ersucht hatte, seinen Unterthanen Getraide vorzustrecken, hinzufügend, er wolle darob seyn, daß die Zahlung gebührend erfolge. —

Vielleicht verwechselte Hert den Expromissor mit dem Adpromissor; er spricht aber ausdrücklich von einer Expromission. Expromission war dies nicht, auch würde Expromission gar nicht hieher gehören; denn ein Expromittent verspricht ein reines Factum proprium. Es war aber ein qualificirtes Mandat, wofür es auch bey Gericht gehalten ward — was selbst ohne jenen Zusatz den Promittenten verpflichtet haben würde, wie ich in der Lehre vom qualificirten Mandat gezeigt habe. Auch von dieser Seite betrachtet, gehört der Fall nicht hieher — wie denn überhaupt die ganze Einschränkung, zusammt dem Satz selbst, der dadurch eingeschränkt werden soll, über den Haufen fällt.

Ich würde hiervon schweigen, wenn nicht dieses Beyspiel Gelegenheit gegeben hätte, unsern Hert als Gewährsmann für die Meinung anzuführen, es komme in dieser Sphäre vor allen Dingen darauf an, ob das Versprechen auf eine solche Art geschehen, daß es eine Interceſſion enthalte oder nicht. Im erstern Fall sey der Promittent zur Leistung des Interesse verbunden, ungeachtet allen angewandten Fleisses, das Factum alienum zu bewirken, im zweyten sey auf mancherley Art zu unterscheiden. Da diese Unterscheidungen mit der Lehre Herts übereinstimmen, ist nicht nöthig, darüber etwas zu sagen. Jenen Satz: der Promittent hafte, wenn sein Versprechen eine Interceſſion enthalte — behauptet Glück, ja er stellt

ihn so dar, als sey er für diese ganze Lehre und also auch bey einem simpliciter geschehenen Versprechen eines Facti alieni maaßgebend. Von der Richtigkeit dieser Lehre kann ich mich nicht überzeugen, ich sehe mich vielmehr genöthigt um der Wissenschaft willen, die wir alle zu ergründen die Absicht haben, zu widersprechen.

Es ward bereits bemerkt, daß die Expromission nicht hieher gehöre. Was die Bürgschaft betrifft, und damit alle Geschäfte, welche mit ihr gleichen Schritt halten, lehrt Hermogenian, ein Bürge könne simpliciter nicht Zahlung vom Hauptschuldner versprechen, weil dies *Promissio facti alieni* sey. Damit ist nun zwar eben nicht gesagt, daß ein Bürge nicht sollte versprechen können, er wolle bewirken, daß der Hauptschuldner Zahlung leiste. Indessen scheint es doch, daß auch ein solches Versprechen über die Natur einer Bürgschaft und der dadurch übernommenen Verbindlichkeit hinaus gehe. Die Verbindlichkeit des Bürgen ist mit der Verbindlichkeit des Hauptschuldners dieselbe [26]). Es sind nur verschiedene Personen, wovon der einen die Verbindlichkeit hauptsächlich, der andern dieselbe Verbindlichkeit accessorisch und *in subsidium* obliegt. Nun aber scheint bey dem Versprechen, was Jemand leistet, er wolle bewirken, daß ein Dritter zahle, was er schuldig ist, der

---

26) L. 1. §. 8. D. de obl. et act.

Versprechende keinesweges grade dasselbe (idem) zu versprechen, was der Hauptschuldner versprach, sondern er scheint vielmehr eine eigene neue Verbindlichkeit — das *Efficere*, ut alter det vel faciat — zu übernehmen. Es wird hier keine fremde Verbindlichkeit accessorisch übernommen, sondern eine eigene contrahirt.

Auch davon abgesehen bedarf es jener Unterscheidung nicht. Ich muß vielmehr sie für unrichtig erklären, weil jede Promissio facti alieni efficiendi zum bewirken und in subsidium zur Leistung des Interesse verpflichtet und mit diesem Dogma des Römischen Rechts jene Unterscheidung nicht bestehen kann, so daß es gar nicht einmal nöthig war, zu beweisen, wie sie schon an sich verwerflich sey.

XII.

Kleinere Aufsätze, meistens aus dem Proceß.

Zu verschiedenen Zeiten geschrieben.

XII.

1. Von der Pflicht, bey entstandener Gefahr fremde Sachen vor den eigenen zu retten.

Bekanntlich ist der Commodatar verantwortlich, wenn er bey entstandener Gefahr die geliehene Sache vor der eigenen nicht zu retten sucht. Ulpian lehrt nämlich:

L. 5. §. 4. D. Commodati.

Si incendio vel ruina aliquid contigerit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, quum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.

Wir sehen also: die eigene und die fremde Sache geräth zugleich in Gefahr, z. B. im Hause entsteht eine Feuersbrunst, eine von beyden kann nur gerettet werden, der Commodatar ist geneigt, die eigene vorzuziehen, aber die Pflicht gebietet, zuerst die geliehene in Sicherheit zu bringen.

Ist dies etwas Singuläres? Ist es auf das Commodat zu beschränken? Nein, mir scheint vielmehr, hier liege eine allgemeine Regel zum Grunde, und was Ulpian lehrt, sey nur Folgerung aus sonstigen Grundsätzen, die wir so gut,

wie er, daraus abzuleiten im Stande gewesen wären, so daß der Rechtssatz, auch von ihm nicht geäußert, eben so gut gelten würde.

Ueberall, wo Jemandem die Pflicht obliegt, die fremde Sache vor Untergang und Verschlimmerung in Acht zu nehmen, ist er auch verbunden, bey entstandener Gefahr, wenn ihm keine andere Wahl bleibt, mit Aufopferung der eigenen, die fremde Sache der Gefahr zu entziehen. Diese Pflicht folgt aus der Pflicht der Sorge für die Erhaltung der fremden Sache ganz von selbst. Denn eben dadurch, daß er die fremde Sache, da er sie doch retten kann, nicht rettet, verletzt er diese Pflicht und verletzt sie nicht weniger, weil er sie nur mit Aufopferung der eigenen zu retten im Stande war. Die fremde Sache zu retten ist Pflicht, die eigne zu retten, gibt es keine, und es ergibt sich also nicht einmal eine Collision von Pflichten.

Ob dies aber auch auf Fälle anwendbar ist, wo Jemand nur eben so viel Sorgfalt auf fremde Sachen zu verwenden verbunden ist, wie auf eigne, das scheint sehr zweifelhaft zu seyn. Celsus lehrt vom Depositum:

> Nemo salva fide minorem alienis, quam suis rebus diligentiam praestabit [1]).

Daraus zieht Struben [2]) (für wahr beyläufig ein alter sehr tüchtiger Jurist, nebst seinem

---

1) L. 32. D. depositi.
2) rechtl. Bedenken 3. Thl. Bed. 62.

Landsmann Pufendorf ein Phönix unter den Pratikern) die Folgerung, der Depositar habe nicht nöthig, die ihm in Verwahrung gegebene fremde Sache, welche sich im entferntern Zimmer befindet, vor der eigenen in demselben Zimmer, wo er sich grade aufhält, liegenden zu retten, weil er dann in Hinsicht auf die fremde Sache größern Fleiß anwenden würde, als auf die eigne; aber wenn ihm beyde zur Hand stehen, dürfe er die fremde Sache nicht verderben lassen, sonst könne man sagen: quod non eandem diligentiam praestitit rebus alienis, quam suis [3]).

Das erstere gebe ich ohne Weiteres zu; das Letztere aber ist es eben, was einigermaßen zweifelhaft zu seyn scheint. Hat der Deponent die eigene Sache vor der fremden gleich nahen in Sicherheit gebracht, so hat er freilich auf die fremde Sache geringere Sorgfalt verwandt, als auf die eigene, und also die Pflicht, die nach Celsus, wenn man sich bloß an dessen Worte hält, ihm obliegt, übertreten. Aber, wer sieht es nicht, daß man umgekehrt grade eben so sagen kann: Wenn der Deponent die fremde Sache mit Aufopferung der eignen der Gefahr entzog, dann habe er auf die fremde Sache eine größere Sorgfalt verwandt, wie auf die eigne, und dazu sey er nicht

3) Wir können hieraus schließen, auch Struben habe dafür gehalten, jener Rechtssatz sey auf das Commodat nicht einzuschränken.

verbunden. Celsus will doch nur sagen: der Deponent sey in Ansehung beyder Sachen zu gleicher Sorgfalt verbunden, und da dies hier nun nicht möglich ist, so scheint es, müsse noch etwas anderes hinzukommen, was die Ungleichheit aufhebt. Sollte dies nun nicht der Umstand seyn, daß fremde Sachen zu retten Pflicht ist, eigene zu retten aber nicht? Sollte nicht das Gebot der Pflicht den Ausschlag geben, und machen, daß derjenige, welcher auf fremde Sachen so viel Sorgfalt zu verwenden verbunden ist, wie auf eigene, im Collisionsfall auf Rettung der fremden zuerst Bedacht nehmen müsse?

Will man dies nicht gelten lassen, so muß man sagen, diese Aufgabe sey ähnlich derjenigen, welche einst Buridan ersonnen, und sollte ein Fall dieser Art vorkommen, wobey vorauszusehen wäre, daß beyde Sachen völlig in gleicher Nähe sich befinden, so würde derjenige, welcher sich in dieser Klemme befindet, von beyden Sachen gleich stark angezogen, keine retten, oder es würde auch ganz gleichgültig seyn, welche von beyden er rettete.

---

2. Cessio in potentiorem.

Wie, es wäre den Gesetzen zufolge verwehrt, eine Forderung an einen Mächtigern abzutreten? Ja, so hört man sie reden in den Schulen der Rechtsgelehrten.

Wie doch die Rechtsgelehrten sind! Da stellen sie weitläuftige Untersuchungen an, zu erforschen, wer doch wohl ein Mächtigerer zu nennen sey, welche Ausnahmen etwa von jener Regel zu machen seyn möchten, — Leyser hat eine ganze Dissertation darüber geschrieben [4]) und hätte wohl gethan, vor allen Dingen zu untersuchen, ob die Regel selbst überhaupt existire, da sie denn gefunden haben würden, es sey nur ein Hirngespinst, womit sie sich selbst zum Besten haben.

Wir wollen zuvörderst die Stellen selbst betrachten, worin die Cessio in potentiorem oder vielmehr das Verbot derselben den Sitz haben soll.

Cod. Lib. 2. tit. 14. Ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare vel actiones in se transferre.

L. 1. Imp. Diocletianus et Maximinianus A. A. Aristobulo salutem. Divine admodum constituit D. Claudius consultissimus princeps, parens noster, ut jactura causae afficerentur hi, qui sibi potentiorum patrocinium advocassent: ut, hoc proposito metu, judiciariae lites potius suo marte discurrerent, quam potentiorum domorum opibus niterentur. Quem palam est in tantum provincialium quaestionibus esse commotum, ut hujus sanctionis. Recto-

4) Spec. 200.

res provinciarum custodes et contemtae hujus rei vindices fecerit: scilicet ut in actores seu procuratores in subsidia negotiorum vel usurpatos gratia, vel redemtos severa sententia vindicarent. Quare quum intersit in universum omnium, et praecipue tenuiorum, qui saepe importunis potentium intercessionibus opprimuntur: inter litigatores audientiam tuam impertire debebis. Nec metuas, ne praejudices Clarissimis viris: quum D. Claudius hujus rei rectorem provinciae disceptatorem, et si res postularet, ultorem specialiter fecerit.

L. 2. Imp. Arcad. Honor. et Theod. A. A. A. Joanni P. P.

Si cujuscunque modi actiones ad potentiorum fuerint delatae personas, debiti creditores jactura multentur. Aperta enim credentium videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores.

Der Inhalt der Gesetze des Codex geht kürzlich dahin: Wer vor Gericht streitet, soll sich nicht den Schutz der mächtigen gegen seinen Gegner verschaffen, damit dieser nicht durch die Ueberlegenheit derselben unterdrückt werde. Der Verlust des Processes ist die Folge der Uebertretung des Gesetzes, welches sowohl für den Kläger, als für den Beklagten geschrieben ist; wenigstens lautet das Rescript der Kaiser Diocletian und

Maximian so allgemein, daß beyde darunter begriffen sind [5]). Insbesondere soll der Gläubiger, der seine Forderung durch einen Mächtigern einklagt, die Hülfe desselben wohl gar erkauft, mit dem Verlust der Forderung bestraft werden [6]).

Was hier von Mächtigen, die eine Parthey, namentlich der klagende Gläubiger, zu Advocaten oder Procuratoren bestellt, verordnet worden, ist aber auf den Procurator in rem suam, ist auf Fälle nicht anwendbar, in welchen Jemand nicht für einen andern, zur Unterdrückung des Gegners zu Hülfe gerufen, sondern zu seinem eigenen Besten streitet. Dies erhellet schon daraus, daß die Strafe, welche das Gesetz namentlich dem Gläubiger droht, der einen Mächtigen gegen seinen Gegner in Thätigkeit setzt, ihn in diesem Fall gar nicht treffen würde. Denn, wie kann Jemand mit dem Verlust einer Forderung bestraft werden, die er einem andern abgetreten hat? Und wenn gleich das Recht des Cedenten genau genommen fortdauert, ist es doch eben so gut, als wenn es aufgehört hätte, und wenigstens bey uns bleibt nichts bey dem Cedenten zurück [7]).

Auf allen Fall würde doch vorausgesetzt werden müssen, daß der Gläubiger dem Mächtigen

---

5) L. 1. C. cit.
6) L. 2. C. cit.
7) Meine Abhandlung über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. §. 12.

wirklich Auftrag und Vollmacht zur Wahrnehmung des an ihn veräußerten Rechts gegeben hätte. Dies ist aber bekanntlich selbst nach neuerm Römischen Recht nicht weiter nöthig, seit durch Einführung der actio utilis der Cessionar ohne Auftrag das an ihn veräußerte Recht im eignen Namen geltend zu machen befugt ist. Bey uns ist davon gar die Rede nicht, und wozu auch jenen alten Umweg nehmen, da man auf den neuern kürzern Wege eben so gut zum Ziel gelangt? Uns ist die Cession nichts als Uebertragung von Rechten; der Römische Ausdruck und die Sache selbst, die er bezeichnet, existirt nicht anders, als in den Schriften der Rechtsgelehrten.

Daraus erhellet nun klar, daß, wären die Verordnungen des Codex überhaupt auf den Procurator in rem suam anwendbar, wenigstens bey uns davon weiter die Rede nicht seyn könne.

Das: Ne liceat Potentioribus — — *actiones in se transferre* der Ueberschrift darf uns nicht irre machen. In dem Titel selbst ist von keiner Uebertragung von Rechten die Rede, wenigstens von keiner andern, als denjenigen, die durch Auftrag geschieht, worauf jener Ausdruck nur zu beziehen ist. Dies erhellet theils daraus, daß dieser Ausdruck im Gegensatz des *Patrocinium praestare* gebraucht wird; theils daraus, daß, wäre unter jenem Ausdruck die Procuratur nicht gemeint, die Ueberschrift die Sache gar nicht ausdrücken würde, wovon der Titel doch hauptsäch-

lich spricht, endlich daraus, daß nach Römischem Recht, durch Auftrag, (nach der Litiscontestation) das Dominium Litis auf den Beauftragten übergeht [8]).

3. Vom Klagegrunde.

Der Klagegrund, kann man sagen, sey das Factum, was den Uebergang des Rechts aus seiner Quelle, dem Gesetz, auf den Kläger gegen den Beklagten vermittelt.

Von dem Klagegrunde wird gelehrt, aus dem angeführten Klagegrunde müsse beurtheilt werden, welche Art von Klage in einem gegebenen Fall angestellt worden [9]).

---

8) L. 22. et 23. C. de procurat. — Diese Ideen über die Cessio in potentiorem habe ich schon vor mehreren Jahren in einer gewissen Relation geäußert, und obwol ich auf die ganze Materie keinen sonderlichen Werth lege, möchte ich sie doch nicht gerne auf die Erde fallen lassen und nehme sie daher hier auf. Der neueste Schriftsteller über die Cession Mühlenbruch handelt sehr ausführlich über die cessio in potentiorem, und gelangt aus andern Gründen am Ende zu dem Resultat, daß simulirte Cessionen an Mächtigere bey Strafe des Verlustes der Forderung verboten sind, wahre hingegen nicht. S. Mühlenbruch von der Cession der Forderungsrechte. 1817. S. 328. folg. Da also Cessio in potentiorem so von verschiedenen Seiten angefallen wird, wird sie schwerlich widerstehen können, sondern das Gewehr strecken müssen.

9) Danz Grundsätze des ordentlichen Processes. §. 66.

Da der Kläger bekanntlich nicht nöthig hat, die Art der von ihm angestellten Klage mit Namen oder bey ihrem Kunstnamen zu nennen, ja selbiges unschicklich seyn und nach der Schule schmecken würde; so frägt es sich, was uns berechtige, der Macht des Richters, darauf zu schließen, so enge Schranken zu setzen?

Mir scheint es vielmehr, daß jene Regel nicht ausreiche. Gattung und Art der angestellten Klage sind aus dem ganzen Klageschreiben, aus dem Verhältniß der streitenden Theile zu einander, besonders freylich aus dem angeführten Klagegrunde aber auch aus dem Gesuch und der Vergleichung beyder unter einander zu beprüfen und zu erkennen.

Der Klagegrund wird oft nicht vollständig ausgedrückt, und dasselbe Factum kann mehrere Ansprüche begründen.

4. Vom Gerichtsstande der geführten Verwaltung.

Bekanntlich muß nach Römischem Recht ein jeder sich bey demjenigen Gericht, in dessen Gerichtsbezirk oder auf dessen Anordnung er fremde Geschäfte verwaltet hat, als Tutor, Curator, Geschäftsführer (negotiorum gestor) oder Mandatar belangen lassen, oder zu Recht stehen wegen Ansprüche, die aus seiner Verwaltung herrühren [10]).

---

10) L. 19. §. 1. D. de jud. L. 36. §. 1. D. eod. L. 54. §. 1. D. de procurat. L. 1. et 2. C. Ubi de

Weiter ist bekannt, wie die Rechtsgelehrten darüber streiten, ob dieser Gerichtsstand ausschließlich zuständig sey, ob der Beklagte grade in diesem Foro belangt werden müsse, und sich bey einem andern zu vertheidigen nicht nöthig habe — oder ob dem Kläger die Wahl zustehe, ihn hier oder in seinem Wohnort oder in seinem privilegirten Gerichtsstande, kurz bey seinem allgemeinen Gerichtsstande in Ansprache zu nehmen. Das Erstere behauptete in neuern Zeiten Weber [11]); das Letztere Gönner [12]).

Die Meinung, welche Weber vertheidigt, dieselbe, welche in den Gerichten angenommen ist [13]), wol nicht so sehr aus Ueberzeugung von ihrer Wahrheit, die aus genauer Untersuchung hervorgegangen wäre, als vielmehr von ihrer Nützlichkeit, eine Seite, welche dem Praktiker, wenn er den Fall vor Augen hat, mehr in die Augen fällt, als dem Theoretiker — diese Meinung ist freilich nicht von Schein entblößt. Man gibt zu, wie die Gesetze den Worten nach nur davon reden, daß der Beklagte sich in diesem Gerichtsstande belangen lassen müsse, nicht aber, daß er nur in

---

ratiociniis tam publicis quam privatis agi oporteat.

11) Beyträge zur Lehre von Klagen und Einreden: zweytes und drittes Stück. S. 35. und folg.

12) Handbuch des Processes, erster Theil Nr. 11. S. 280. folg.

13) *Mev.* II. dec. 123. V. dec. 293. VIII. dec. 268. *Engelbrecht* Obs. for. obs. 95.

diesem Gerichtsstande belangt werden könne, allein, sagt man, der Grund, welchen die eine Gesetzstelle [14]) in den Schlußworten anführt, daß im Gerichtsstande der geführten Verwaltung die Sache am Beßten untersucht werden könne, weil hier die Acten und Beweismittel zur Hand sind, dieser Grund bringt es mit sich, daß der Beklagte nicht nöthig hat, sich bey einem andern Gerichte auf die Klage einzulassen.

Dennoch halte ich dafür, daß auch bey diesem Gerichtsstande der geführten Verwaltung ein sogenannter Concursus electivus zwischen diesem speciellen und dem generellen Gerichtsstande Statt finde, daß der Kläger grade nicht nöthig habe, im Gerichtsstande der geführten Verwaltung zu klagen, daß er vielmehr, wenn er lieber will, seinen Gegner im generellen Foro besprechen könne. Die Theorie muß nach meinem Ermessen sich standhaft gegen die ausschließende Kraft erklären, welche der Gerichtsstand der geführten Verwaltung sich anmaßt; sie muß behaupten, und dabey beharren, es stehe dem Kläger zwischen den beyden Gerichtsständen die freie Wahl zu.

Daß ich diesen Satz hier vertheidige, und die streitige Frage aufs Neue zur Sprache bringe, geschieht, weil ich glaube, daß die Hauptgründe, die dafür angeführt werden können, gewöhnlich übersehen werden.

---

14) L. 2. C. Ubi de ratiociniis etc.

Wenn es in jener Gesetzstelle des Codex am Schlusse heißt, der Beklagte müsse sich beym Gerichtsstande der geführten Verwaltung belangen lassen,

in quo (sc. judicio) et instructio sufficiens et nota testimonia et verissima possunt documenta praestari,

Worte, auf welche Weber ein so großes Gewicht legt, so glaube ich nicht, daß diese Worte der von ihm vertheidigten Meinung zum Beweise dienen können. Was diese Worte ausdrücken, ist doch nur ein Nebengrund, wie man ihn wohl anführt, um einen Satz, der schon anders wodurch begründet wird zu verstärken, ohne daß man grade alles das daraus herleiten will, was aus diesem Grunde außerdem noch gefolgert werden könnte. Auf allen Fall würde daraus höchstens nur folgen, der Gesetzgeber hätte den Satz, den er aufstellte und für welchen er diesen Grund anführte, noch weiter ausdehnen müssen. Er hat es aber nicht gethan, vielmehr findet sich über den Gerichtsstand der geführten Verwaltung implicite das Gegentheil verordnet.

Nämlich es ist bekannt, wie nach der Regel des Rechts mit den speciellen Gerichtsständen der allgemeine, eben weil er ein solcher oder derjenige ist, worin Klagen aller Art angebracht werden können, concurrirt, so zwar, daß der Kläger zwischen dem allgemeinen und dem speciellen Gerichtsstande die Wahl hat, bey welchem von beyden er Klage

erheben will. Namentlich verordnen die Gesetze, wie eine solche Wahl dem Kläger zustehe zwischen dem allgemeinen Gerichtsstande und dem speciellen des Contracts [15]).

Nun ist aber der Gerichtsstand der geführten Verwaltung, wie auch schon von andern, namentlich von Leyser [16]) bemerkt worden, eine Art des Gerichtsstandes des Contracts. Das Forum Contractus ist bekanntlich bey demjenigen Gericht, in dessen Bezirk der Contract erfüllt werden soll, oder, wenn darüber, wie gewöhnlich, nichts verabredet worden, in welchem der Contract zur Perfection gekommen; und unter Contract ist hier nicht bloß ein eigentlich sogenannter Contract, sondern auch jeder Vertrag und jedes Geschäft, woraus eine Verbindlichkeit quasi ex contractu entspringt, gemeint [17]). Wo Jemand in ein Contractsverhältniß getreten, dort soll er sich auch belangen lassen müssen. Da nun die Ver-

---

15) *L.* 19. §. 4. *D. de judic.* Illud sciendum est, eum, qui ita fuit obligatus, ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrobique posse conveniri, et hic et ibi, et ita Juliano et multis aliis videtur. *L.* 2. *C. de jurisd.* Juris ordinem converti postulas, ut non actor rei forum sed reus actoris sequatur, nam ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet.

16) Spec. 73. med. 5.

17) L. 20. D. de judiciis.

bindlichkeit, welche aus der Verwaltung fremder Geschäfte entspringt, gleichfalls auf einem Contract oder gleichwie auf einem Contract beruht, so würde hiernach sich schon von selbst verstehen, daß auch der Verwalter fremder Geschäfte sich dort belangen lassen müsse, wo er durch Uebernahme der Verwaltung sich verbindlich gemacht, auch wenn die Gesetze es nicht ausdrücklich sagten. Und wie es nicht den geringsten Zweifel leiden kann, daß der Gerichtsstand der geführten Verwaltung eine Art des Contractsgerichtsstandes sey, so kann eben daher in diesem Foro, um es beyläufig zu bemerken, der Verwalter nicht nur aus der Verwaltung belangt werden, sondern er kann auch an seinem Theil belangen, weil im Gerichtsstande des Contracts ein Contrahent nicht nur klagen, sondern auch namentlich mit Gegenklagen (*actionibus contrariis*), verklagt werden kann.

Es schadet nicht, daß die Gesetze das Forum der geführten Verwaltung nicht ausdrücklich aus dem Foro des Contracts, als aus seiner Quelle, ableiten, deshalb ist es doch eine Art von Forum Contractus, und nach den Merkmalen, die sie von Letzterm angeben, sind wir berechtigt, hinzuzusetzen, was sie selbst hinzuzusetzen nicht für nöthig fanden.

Gewiß haben die Römischen Rechtsgelehrten nie verkennt, das Forum der geführten Verwaltung sey eine Species vom Forum Contractus. Wer ihre Art kennt, wird keinen Augenblick daran zwei-

feln, daß der Zusammenhang zwischen diesen beyden Gerichtsständen ihnen schlechterdings gar nicht entgehen konnte. Man erwäge doch nur die Nachbarschaft, worin eine vom Gerichtsstande der geführten Verwaltung handelnde Hauptstelle in den Pandecten steht, auch diese Stelle selbst, nämlich

L. 19. §. 1. *D. de judiciis.*

Si quis tutelam, vel curam vel negotia vel argentariam vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loco administravit, et si ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere, et si non defendat, neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur,

und verbinde damit, was Paulus lehrt:

L. 20. *D. de jud.*

Omnem obligationem pro contractu habendam, existimandum est: ut, ubicunque aliquis obligetur et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur;

um sich sogleich vom Gegentheil zu überzeugen. Gönners Schluß, wie im Römischen Recht das Forum der geführten Verwaltung nicht aus jener Quelle abgeleitet sey, weil es nicht namentlich geschehen, ist viel zu gewagt.

Wenn nun bey der Concurrenz des allgemeinen Gerichtsstandes mit dem speciellen des Contracts dem Kläger zwischen beyden die Wahl zusteht; wenn die Gesetze dies ausdrücklich zu erken-

nen geben, und dann der Gerichtsstand der geführten Verwaltung eine Art von Forum Contractus, folglich was von diesem gilt, auch von jenem mit verordnet ist: so kann es weiter keinen Zweifel leiden, daß auch bey der Concurrenz eines allgemeinen Gerichtsstandes mit dem speciellen der geführten Verwaltung dem Kläger eine solche Wahl zwischen beyden zustehe. Das Gegentheil ließe sich nur dann annehmen, wenn von dem allgemeinen Satz beym Gerichtsstand der geführten Verwaltung ausdrücklich eine Ausnahme gemacht wäre.

Ich kann mich zur Bestätigung auf einen der größten Rechtsgelehrten berufen. Just Henning Böhmer [13]) schreibt vom Gerichtsstande der geführten Verwaltung Folgendes:

Quod de foro contractus dictum est, etiam de foro quasi contractus asserendum arbitror, in quo etiam in personam agitur, quamvis enim hic quidam excipiant administrationis gestae casum, ob quem unice in foro gestae adimnistrationis, non domicilii, agendum esse censeant. *Ob L. 1. et 2. C. Ubi de ratiociniis* haec tamen assertio exinde non evincitur, uti ex casu recte formato liquet. Tutor conventus erat in foro gestae administrationis: opposuerat exceptionem fori incompetentis; consultus fuit Imperator;

13) Jus eccles. Prot. Lib. II. tit. 11. §. 62.

utrum reum oporteret ibidem respondere? Quod affirmat, ex quo tamen exclusio fori domicilii haud colligitur. *Revera enim forum gestae administrationis est forum quasi contractus, quod non diversa a foro contractus jura habere debet.*

5. Ueber Prävention.

Von zwey Richtern, deren Jurisdiction für dieselbe Sache gleich stark begründet ist, schließt der eine den andern dadurch aus, und macht sich allein competent, daß er früher richterliche Handlungen vornimmt, und zwar tritt Prävention in Ansehung des Klägers ein, sobald der Richter auf die Klage ein Decret erlassen, was eine Untersuchung der Sache voraussetzt, mag es gewährend, oder abschlagend seyn; in Ansehung des Beklagten, wenn der Richter eine Ladung an ihn erkannt hat, und diese ihm eingehändigt ist.

In mir, der ich freilich überhaupt zum Scepticismus geneigt bin, steigen gegen diese gewöhnliche Lehre Zweifel auf, die ich dem Urtheil des Kenners hier bloß stelle.

Gesetze gibt es über die Prävention eigentlich gar nicht. Man findet zwar in den Schriften der Rechtsgelehrten manche Stellen des Römischen Rechts und des canonischen angeführt, worin diese Lehre ihren Sitz haben soll [19]); allein man darf

19) Es gehören dahin Nov. 112. cap. 3. cap. 19. X. de Foro comp. cap. 20. X. de off. et pot. jud. del. L. ult. C. de in jus. voc.

diese Stellen nur selbst lesen, um sich zu überzeugen, daß darin von ganz andern Dingen, als von der Prävention, die Rede sey [20]).

Außer diesen Stellen gibt es noch eine, die Pütter [21]), der die Prävention gleichfalls aus dem Römischen und canonischen Recht herleitet, als eine hieher gehörige und als eine Hauptstelle anführt [22]). Hier heißt es:

> Si quis posteaquam in jus vocatus est, miles vel alterius fori esse coeperit, in ea causa jus revocandi forum non habet, quasi *praeventus.*

Pütter hat sich durch den bloßen nichts beweisenden Ausdruck: *quasi praeventus* täuschen

---

20) Eine dieser Stellen L. ult. C. de in jus voc. könnte wohl für die sogenannte Prävention in Ansehung des Klägers angeführt werden, sie ist aber gar nicht glossirt (folglich auch nicht recipirt), sondern von Cajus aus den Basiliken restituirt. (*Huber* Prael. ad Dig. tit. de in jus voc. §. 19. p. 107.) Sie würde ohnehin mehr beweisen, als man dadurch beweisen will. Es würde daraus folgen, nicht, daß die Sache bey dem Gericht bleiben müsse, nachdem bereits auf die Klage decretirt ist, sondern, daß der Kläger keinen andern Richter antreten könne, sobald auf die von ihm erhobene Klage der Beklagte vor Gericht geladen ist.

21) Diss. de praevent. §. 29. (Opusc. p. 68.)

22) Es ist L. 7. D. de judic.

lassen, der hier in der gewöhnlichen grammatischen Bedeutung gebraucht wird [23]).

Also nicht aus dem Römischen, noch aus dem canonischen Recht ist diese Lehre abzuleiten. Im Gegentheil ist anzunehmen, daß auch hier der Ladung eine Wirkung beygelegt worden, welche nach reinem Römischen Recht nur der Litiscontestation zukommen kann. Wo Lis contestirt ist, m. a. W. bey welchem Gericht der Proceß seinen Anfang ge-

---

23) Noch weniger, als die im Text angeführte, gehört eine ähnliche hieher, wodurch Merius P. 2. dec. 67. beweisen will, die Citation bewirke Prävention, namentlich in Ansehung des Beklagten. *L.* 19. *pr. D. de jurisd.* Cum quaedam puella apud competentem judicem litem susceperat, deinde condemnata erat, posteaque ad viri matrimonium alii jurisdictioni subjecti pervenerat, quaerebatur, an prioris judicis sententia exsequi possit? Dixi, posse, quia ante fuerat sententia dicta, sed et si post susceptam cognitionem, ante sententiam hoc eveniet, idem putarem: sententia a priore judice recte fertur. Quod generaliter et in omnibus hujusmodi casibus observandum est. Die Stelle beweiset nur, daß Veränderungen der Jurisdiction über den Beklagten, wovon hier die Rede nicht ist, das früher begründete Forum desselben nicht aufheben, wenn sie nach der Litiscontestation vorgehen. Vermöge der im Text angeführten Stelle ist nun hinzuzusetzen, daß auch schon die Citation diese Wirkung hervorbringt, welche durch die Litiscontestation nur noch verstärkt wird.

nommen, bey demselben Gericht muß er auch sein Ende erreichen. Marcellus lehrt:

Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet [24]).

Aus diesem Grundsatz folgt, wenn man einen andern, aus der Natur der Sache sich ergebenden damit verbindet, wonach dieselbe Sache nur von Einem Richter gerichtlich untersucht werden kann, nicht aber von mehreren (es sey denn von höhern, nacheinander, im Zuge der Instanzen) daß nach der Litiscontestation der Kläger keinen andern Richter antreten, imgleichen, daß der Beklagte, nachdem er sich bey dem einen Richter eingelassen hat, nicht einen zweyten antreten kann, damit er denselben Gegenstand nebenher oder aufs Neue untersuche und entscheide. [25]).

Wenn wir von den Gesetzen abstrahiren und nach Principien forschen, wie sie der Natur der Sache und dem Grundsatz der Zweckmäßigkeit angemessen sind, so, dünkt mich, erscheint, was über Präsention gelehrt wird, theils als richtig, theils als verwerflich.

---

24) L. 30. D. de jud.

25) Daß dem Kläger nicht durch die Klage, auch nicht durch das richterliche Decret, ja selbst nicht durch die Ladung das Recht entzogen sey, einen andern Richter anzutreten, wird durch L. ult. C. de in jus. voc. bestätigt. Als unglossirt gilt sie nicht, aber die Existenz einer Verordnung von diesem Inhalt ist das, was meine Theorie bestätigt.

Sind mehrere Richter vorhanden, welche in dieser Sache nach vorgängiger Untersuchung Recht zu sprechen im Stande sind, so gibt der Kläger schon dadurch, daß er diesen bestimmten antritt, zu erkennen, wie er ihm vor seinem Nebenbuhler, wenn ich den andern Richter so nennen darf, den Vorzug gebe, so daß er nun nicht wieder von ihm abgehen, und den andern um Hülfe anrufen kann [26]). Ist der Richter bereits in die Untersuchung der Sache selbst eingegangen, und hat er darauf ein Decret erlassen, was abschlagend oder gewährend ist, so leidet es vollends keinen Zweifel, daß der Kläger keinen andern Richter antreten könne; das Gegentheil annehmen, hieße, es

---

26) Wir finden in mehreren Fällen, wie das Römische Recht den Grundsatz befolgt, daß, wenn Jemandem unter zwey Dingen die Wahl zusteht, deren Eine ihm nur zu Theil werden kann, er eben dadurch, daß er für das Eine sich entscheidet, auf das Andere Verzicht leistet. L. 5. pr. D. de leg. 1. L. 20. D. de opt. vel elect. leg. L. 2. L. 3. L. 4. §. 2. L. 6. §. 2. L. 7. D. de lege com. L. 4. C. de pact. inter emt. et vend.; und es scheint, daß dabey eine allgemeine Regel zum Grunde liege, wonach beym Wahlrecht keine Veränderungen Statt finden, oder m. a. W. demjenigen, welcher einmal gewählt hat, eine Wahl nicht weiter zusteht. Zwar sehe ich wohl, hier sey von Rechten die Rede, die ex contractu vel quasi ex contractu entspringen, auch ist jener Grundsatz auf das Forum im Römischen Recht nicht angewandt, indessen hätte er füglich darauf angewandt werden können.

in den Willen des Klägers stellen, die Staatsgewalt, die in dem einen Beamten so gut, wie in dem andern wirkt, unnützer Weise zu bemühen. Die gewöhnliche Theorie datirt erst von jetzt an die Prävention in Ansehung des Klägers, erfordert jedoch nicht, damit diese Wirkung entstehe, daß jenes Decret, welches eine Untersuchung der Sache voraussetzt, dem Kläger bereits eingehändigt oder zu seiner Wissenschaft gelangt sey [27]).

Ist der Fall von der Art, daß möglicher Weise jeder der streitenden Theile als Kläger auftreten kann, z. B. es sind Injurien vorgefallen, jeder sieht sich als den beleidigten Theil an, und will bey dem Richter, dem sein Gegner unterworfen ist, Klage erheben, so ist die Natur der Sache dafür, daß derjenige Richter sey, welcher zuerst in der Sache richterliche Handlungen vorgenommen hat, dessen Ladung (oder ähnliche Verfügung) dem Beklagten eingehändigt ist, ehe denn der Letztere bey dem Richter, dem sein Gegner unterworfen ist, eine Ladung ausgewirkt und sie ihm zustellen lassen. Hier, wo die Rechte der Richter gleich sind, gibt die Prioritas temporis billig den Ausschlag. Einer von beyden kann nur Richter seyn, und derjenige ist es, welcher dem andern zuvorkam. Hier beym Beklagten kann allein nur von einer Prävention die Rede seyn. Hingegen

---

27) *Pütter* Diss. de praev. §. 119. (Ejus Opusc. p. 118. 119.) Gründe führt er nicht an.

die Pflicht des Klägers, bey dem einmal angetretenen Richter zu bleiben, ist nicht aus der Präven=tion, sondern aus Verzichtleistung herzuleiten. Bey dieser sogenannten Prävention in Ansehung des Klägers kann es auch nicht darauf ankommen, ob der Richter in die Untersuchung der Sache selbst eingeht — oder ob er die Klage als inept verwirft. (Nach der gewöhnlichen Lehre tritt im letztern Fall Prävention nicht ein; ja sie fällt weg, wenn nicht sogleich auf die erhobene Klage, sondern nach gepflogenen Verhandlungen durch einen richterlichen Urtheilsspruch die Klage als inept verworfen wird) [28]). Denn nicht die richterliche Handlung, sondern seine eigne, — der Umstand, daß er hier Klage erhob, bindet den Kläger an diesen Richter.

Freilich die Rechtsgelehrten beziehen die Prävention auf den Richter, halten dafür und nehmen es schon sogleich in den Begriff auf, Prävention sey eine Handlung des Richters, welcher durch frühere Thätigkeit einen andern gleich competenten Richter ausschließt und sich allein competent macht.

Man kann die Prävention aus einem doppelten Gesichtspunct betrachten. Einmal als eine Hand=

---

28) *Berger* Electa discept. for. tit. 4. p. 66. Berger lehrt: Prävention sey eine Wirkung der Ladung, sie müsse also wegfallen, wenn die Wirkungen der Ladung überhaupt wegfielen. Dies sey der Fall, wenn die Klage als inept verworfen würde.

lung eines streitenden Theils, welcher durch frühere Anträge seinem Gegner zuvorkömmt; zweytens als eine Handlung des Richters, welcher einem andern Richter durch frühere Ausübung seiner richterlichen Gewalt, durch einen Act, wodurch er zur Untersuchung und Entscheidung der Sache bey seinem Gericht die Einleitung macht, den Rang abgewinnt. Von diesen verschiedenen Arten der Prävention scheint die Letztere den Vorzug vor der Ersteren zu behaupten. Doch kann man auch sie (die Prävention von Seiten des Richters) als durch die Handlung des Klägers hervorgebracht betrachten, und in so fern Prävention immer auf den streitenden Theil beziehen. Die Prävention in Ansehung des Beklagten — eine andere statuire ich nicht — auf den Kläger zu beziehen, scheint fast die natürlichere Ansicht zu seyn.

6. Beyträge zur Lehre von der Legitimation.

α) Passivlegitimation.

1) Legitimation zur Sache ist Beweis eines Thatumstandes, welcher macht, daß grade der Kläger das berechtigte Subject sey — Activlegitimation — oder, daß grade dem Beklagten die Verpflichtung obliege, welche dem Recht des Klägers gegenübersteht — Passivlegitimation. Verschieden von diesem dem Kläger obliegenden Nebenbeweise ist der Hauptbeweis, den er zu führen hat, als welcher das Vorhanden-

seyn des Rechts selbst betrifft, was er bey Gericht verfolgt. In welchen Fällen, außer dem Hauptbeweise, Legitimation erforderlich oder eine besondere Nachweisung darüber, daß wirklich er, der Kläger, das berechtigte Subject, oder daß wirklich er, der Beklagte, das verpflichtete sey, ist im Allgemeinen als bekannt anzunehmen. Nur über einen Fall, welcher nicht zur Passivlegitimation gehört, sey es mir erlaubt, eine von Gönner, der sich namentlich auch um die processualische Lehre von der Legitimation so verdient gemacht [29]), geäußerte Idee etwas weiter auszuführen.

Ohne Zweifel gehört es zur Passivlegitimation, wenn der Kläger den Erben seines Schuldners belangt. Hier muß er, außer der Existenz der Forderung, zeigen, daß der Beklagte des Schuldners Erbe geworden, also die Verbindlichkeit z. B. das Darlehn zurückzuzahlen, die ursprünglich einem Andern oblag, jetzt ihm, dem Beklagten, obliege. Hingegen gehört es nicht zur Legitimation, sondern zum Hauptbeweise, wenn der Kläger behauptet, wie der Beklagte eine fremde Schuld übernommen habe.

Elsässer hatte in einem gewissen Rechtsfall die Meinung angenommen, der Kläger müsse durch den Beweis der alten Schuld sich zur Sache legitimiren, und dann im Hauptbeweise zeigen, daß der Beklagte diese Schuld übernommen habe.

---

29) Handbuch des Processes. Erster Band Abh. 15. S. 327. (der neuen Auflage).

Dies sey, bemerkt Gönner [30]), offenbar unrichtig; der Umstand, das die alte Schuld existirt habe, gehöre zum Hauptbeweise. Wenn man bedenke, daß zu einer Delegation das Daseyn einer Schuld und ihre Uebernahme von Seiten des neuen Schuldners und zwar beydes vereint erfordert werde, so ergebe sich hieraus, daß beyde Puncte vereint die Hauptsache ausmachen und im Mangel des Einen, wie des Andern, eine Delegation unmöglich sey. Die Klage selbst sey ungegründet, wenn es am Daseyn einer Schuld mangele, welche der Andere übernommen habe.

Was Gönner hier äußert (grade die Idee, wovon ich oben sagte, daß ich sie weiter ausführen wollte), ist vollkommen richtig; ja es ist auffallend, wie eine solche Idee, als Gönner zu berichtigen vorfand, überhaupt in einem Rechtsgelehrten entstehen konnte. Eher hätte umgekehrt die Idee entstehen können, die Existenz der alten Schuld gehöre zum Hauptbeweise, hingegen zur Passivlegitimation gehöre es, daß der Beklagte die fremde Schuld übernommen habe.

Allein, auch dies wäre obgleich mehr verzeihlich, doch eben so unrichtig gewesen. Denn, wenn nicht durch Erbrecht, sondern durch Expromission ein neuer Schuldner an die Stelle des alten getreten, so kann überhaupt von einer Legitimation die Rede nicht seyn.

---

30) a. a. O. S. 337. folg.

Wird der Erbe des Schuldners belangt, so ist die Schuld unverändert geblieben, und es hat sich bloß das verpflichtete Subject geändert. Der Gläubiger fordert z. B. das Darlehn, was der Erblasser empfing, und der Erbe, der ihn wieder darstellt, zurück zu zahlen verbunden ist; er klagt ex mutuo und indem er zeigt, daß der Erblasser das Darlehn empfing, dadurch den Grund seiner Klage beweist und seinen Hauptbeweis führt, zeigt er nebenher, daß der Beklagte Erbe des Schuldners geworden, und bewerkstelligt dadurch die Passivlegitimation. Hingegen bey der Expromission, gleichviel, mag der Schuldner einen andern an seine Stelle setzen (Delegation), oder dieser die Schuld von freyen Stücken als die seinige übernehmen, ändert sich nicht bloß das verpflichtete Subject, sondern die vorige Verbindlichkeit, die Verbindlichkeit des alten Schuldners, hört ganz auf, so als wenn sie durch actuelle Zahlung getilgt wäre, deren Wirkungen sie auch hat, und es tritt eine neue an deren Stelle [31]). Der neue Schuldner wird also nicht aus einer frühern annoch fortdauernden Verbindlichkeit belangt, deren Erfüllung ihm obliegt, also z. B. nicht aus dem Darlehn, was ein Anderer empfing, und er zurückzuzahlen verbunden ist, die frühere Verbindlichkeit ist bereits getilgt.

---

31) L. 1. pr. D. de nórat. et deleg. §. 3. J. quib. mod. toll. oblig.

L. 8. §. 3. *D. ad SC. Vellej.*

—— Solvit enim et qui reum delegat; — sondern aus dem Vertrage, wodurch er sich gegen den Gläubiger verbindlich gemacht hat, was ein anderer schuldig geworden, an Stelle dessen zu zahlen, und wie seine eigene Schuld zu tilgen, also aus der Expromission. Indem der Gläubiger den neuen Schuldner in Ansprache nimmt, besteht der Grund seiner Klage in diesem Versprechen, und wenn selbiges bewiesen ist, hat er weiter gar nichts zu beweisen nöthig. Der Beweis der Expromission erschöpft den Beweissatz, und zu diesem Beweise gehört es mit, daß eine frühere, wenn auch nur natürliche, Schuld [32]) existirt habe, weil sonst keine übernommen werden konnte.

Dies sind also die Variationen über das von Gönner aufgegebene Thema.

β. Doppelte und dreyfache Legitimation.

Es können Fälle vorkommen, wo Jemand mehr als eine Legitimation zu bewerkstelligen hat. Ich erinnere mich eines Falls, wo mehrere zusammen Jemandem ein Darlehn machten, und von den drey Gläubigern der Eine einem Dritten die ganze Forderung abtrat, der sie darauf gegen den Schuldner einklagte. Hier mußte der Kläger nicht bloß sich

32) L. 1. §. 1. D. de novat. et deleg.

selbst, sondern auch seinen Auctor, mithin per indirectum wider sich selbst legitimiren. Wenn mehrere zusammen ein Darlehn geben, sind sie bekanntlich nicht in solidum berechtigt, sondern die Forderung ist theilbar und getheilt. Der Kläger mußte also zeigen, daß derjenige, welcher ihm die ganze Forderung abtrat, über das Ganze zu disponiren berechtigt gewesen, z. B. daß er die Antheile seiner Mitgläubiger, wie der Kläger behauptete, ererbt habe. Dann ferner, daß sein Auctor die Forderung der Frage wirklich an ihn abgetreten habe, welches von seinem Gegner, der die Aechtheit des Cessionsinstruments bestritt, geläugnet ward. (Das letztere konnte in dem Fall, den ich im Sinn habe, leicht durch Anerkennung des Erben des bereits verstorbenen Cedenten bewerkstelligt werden, als welcher (Erstere) hiebey nur allein interessirt war.)

Ja es lassen sich Fälle denken, wo eine dreyfache Legitimation nöthig ist, z. B. der Erbe des Cessionarii klagt gegen den Erben des Schuldners. Hier gibt es eine doppelte Activlegitimation, und dazu kommt noch eine einfache Passivlegitimation. Der Kläger muß zeigen:

1) wie die eingeklagte Forderung an seinen Erblasser abgetreten sey; 2) daß er Erbe des Gläubigers geworden (worin das Vorige eingeschlossen liegt); 3) daß sein Gegner den Schuldner beerbt habe. Indem er dies alles zusammen

erweist, zeigt er erst, daß er grade das berechtigte Subject, sein Gegner das verpflichtete sey.

7. Von den rechtlichen Folgen eines widerrechtlichen Arrestes.

Danz [33]) scheint zu glauben, daß, wenn der Richter einen Arrest als widerrechtlich wieder aufhebt, derjenige, welcher den Arrest auswirkte, nicht unter allen Umständen zum Ersatz des Schadens zu verurtheilen sey, sondern nur dann, wenn dieser nicht höchst wahrscheinliche Ursachen für sich anzuführen vermöge. Seine Meinung bezieht sich indessen vielleicht nur auf Fälle, in welchen der Arrest, abgesehen von der Existenz der Forderung, als widerrechtlich aufgehoben wird. Auf allen Fall scheint es nicht überflüssig zu bemerken, daß es auf Schuld oder Unschuld hiebey nicht ankommen könne.

Wer Arrest nachsucht, übernimmt eo ipso die Gefahr dieser Maßregel, wenn es ihm nicht gelingen sollte, den Arrest zu rechtfertigen, m. a. W. wenn in der Folge gefunden würde, daß seine Ansprache ungegründet, und überhaupt, daß kein Grund vorhanden gewesen zu solcher Maßregel. Der Richter muß zu Anfange bey den Angaben des Klägers stehen bleiben und sich mit Wahrscheinlichkeit begnügen, die über die Existenz der Forderung und die vorhandene Gefahr zur Bewir-

---

33) Grundsätze der summ. Proc. §. 115.

kung des Arrestes in Bescheinigungen beygebracht wird; ob aber der Arrest wirklich mit Recht erkannt worden, kann nur das Resultat der gerichtlichen Untersuchung seyn. Er erkennt daher den Arrest auf Gefahr des Bittenden, oftmals ausdrücklich, und obgleich diese Clausel den Richter gegen Entschädigungsansprache nicht schützen kann, wenn gleich Anfangs kein hinlänglicher Grund zum Arrest, als einer provisorischen Maßregel, vorhanden war, so scheint sie auf der andern Seite, in Beziehung auf denjenigen, der den Arrest auswirkt, sich schon von selbst zu verstehen. Die Rollen des Klägers und des Richters sind, wie überhaupt, so auch besonders hier ganz verschieden. Jener ist es, welcher den Arrest auswirkt, von ihm hängt es ab, darum zu bitten und es — zu unterlassen. Dieser sieht sich von Amtswegen genöthigt, dem Verlangen desselben Gehör zu geben, wenn Forderung und Gefahr auch nur wahrscheinlich ist. Er haftet daher nur, wenn ihm hiebey etwas zur Last fällt. Jener aber muß die Folgen einer Maßregel, deren Urheber er ist, die er, als er darum nachsuchte, stillschweigend übernahm, unter allen Umständen verantworten, wenn sich auch erst in der Folge ergibt, daß sie widerrechtlich war.

Im Resultat stimmt hiermit überein, was Merius [34]) lehrt. Die Gerechtigkeit des Ar-

---

34) Tr. de arrestis p. 236. 237.

restes hängt, nach ihm, von dem Ausgang des Processes ab. Fällt das Urtheil in der Hauptsache gegen denjenigen aus, welcher den Arrest bewirkte, so ist er unter allen Umständen verbunden, seinem Gegner den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen. Oder: wer Arrest auswirkt, ist nur dann vom Schadensersatz frey zu sprechen, wenn er den Sieg davon trägt [35]).

XIII.

Goldene Sprüche, besonders aus den Pandecten.

Zum Nachtisch.

Nun hinweg mit Gesetz und mit Rechten. Gesättigt davon, sey es erlaubt, das Gesetzbuch bloß

---

35) Seine eigenen Worte sind folgende:
Altero casu, ubi arrestum inique petitum fuerit, omne damnum, quod isti occasione arresti contingit, etsi eveniat casu fortuito, qui nisi re arrestata eventurus non fuisset, imputatur arrestanti, ut aestimationem et id quod interest, rem non periisse, solvat etc. *An iniquum arrestum sit, concluditur ex sententia, quae quum absolutoria est, semper obtinent, quae jam scripta sunt.* Etsi enim, ubi dubia fuerit arresti justitia, ab expensis fieri possit absolutio, *a damno tamen rei illato creditor absolvi non debet, nisi obtineat litis victoriam.*

als Buch zu behandeln, uns dem Leser einige Sprüche daraus, wie sie dem Verfasser zufällig in die Augen gefallen, wenn auch für diesmal nur wenige, mitzutheilen.

1. Verhaltungsregeln für Richter und öffentliche Beamte überhaupt.

Callistratus (L. 19. D. de officio praesidis). Observandum est jus reddenti, ut in adeundo quidem facilem se praebeat, sed contemni non patiatur; unde mandatis adjicitur, Ne praesides provinciarum in ulteriorem familiaritatem provinciales admittant: nam ex conversatione aequali contemtio dignitatis nascitur. [36]) §. 1. Sed et in cognoscendo neque excandescere adversus eos, quos malos putat, neque precibus calamitosorum inlacrymari oportet: id enim non est constantis et recti judicis, cu-

36) Dagegen ließe sich noch Einiges einwenden. Hauptsächlich wird es hiebey auf die Individualität ankommen, wie weit Jemand sein Ansehen aufrecht zu erhalten im Stande ist; auch mit wem er umgeht. Verständige Leute werden das Ansehen seiner Würde eher zu erhalten, als zu untergraben, von selbst sich bemühen. Im Allgemeinen sind freilich die Menschen als unverständig zu behandeln. Es ist hier auch nicht die Rede von dem, was nothwendig geschehen müßte, sondern von dem, was leicht möglich ist, zumal aus Umgang auch Neigung und Abneigung entstehen kann, und von der Gefahr, die dadurch entsteht.

jus animi motum vultus detegit. Et summatim ita jus reddet, ut auctoritatem dignitatis ingenio augeat.

2. Zur Beherzigung für die Neuerer im Fach der Gesetzgebung.

Ein Wort zur rechten Zeit.

Ulpianus. (L. 2. D. de const. Princ.)

In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu aequum visum est.

Dies erinnert mich an eine ähnliche Aeußerung von Garve. Unter zwey Fehlern, sagt er, der Neuerungssucht und der Anhänglichkeit an das Alte, ist der Letztere der geringere. Denn er hält sich zuerst an das Bekannte und ficht gleichsam im Lichte: der andere, nur durch das Schimmerlicht ungewisser Voraussetzungen und nie erprobter Grundsätze aufgehellt, wandelt einen unsichern und gefährlichen Weg, und gibt im Streit mit seinem Gegner bald Blößen, bald thut er vergebliche Luftstreiche. Der Mensch vom gemeinsten Verstande kann, sagt Montesquieu, die übeln Folgen, welche ein noch jetzt bestehendes Gesetz nach sich zieht, einsehen: — aber der durchdringendste ist nicht im Stande, diejenigen vorauszusehen, welche aus einem neuen entspringen werden. Wie unendlich viele Fehler, fährt Garve fort, werden die Richter in jedem neuen Gesetzbuch gewahr, welche dem scharf-

sinnigsten Gesetzgeber entgingen: und wie oft muß man von dem, was die Vernunft vorzuschreiben schien, auf das zurückkommen, was die Erfahrung gelehrt hatte [37]). (Was Garve hier sagt, der ein so trefflicher Beobachter war, wird durch die neueste Geschichte bestätigt.)

3. Eine Erfahrung, die Kaiser Justinian gemacht haben will.

(Von geringem Belange.)

§. 3. *I. Quib. ex caus. manum. non licet.*

— — Saepe de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines.

Daß die Leute ihr Vermögen (bona sua) leicht überschätzen, mag wahr seyn. Hätte der Kaiser dies von Fähigkeiten bemerkt, möchte es auch, oder noch mehr zutreffen [38]).

---

37) S. Garve vermischte Aufsätze. 2. Thl. S. 191. 192.

38) Hier böte sich nun für die Herren Recensenten die allerschönste Gelegenheit dar, auf Kosten des Verfassers ihren Witz zu üben; und ich nehme mir die Erlaubniß, sie selbst darauf aufmerksam zu machen. Sie könnten z. B. sagen, das hätte der Verfasser beherzigen sollen, — einer, der von den Irrthümern der Rechtsgelehrten schreiben wollte, seine Kräfte prüfen sollen, — und noch viel Schönes mehr. Vielleicht geschieht es grade deshalb, daß ich mit dieser Bemerkung schließe; denn solche Sachen bringen sich am Besten am Schluß an.

Bemerkte Druckfehler.

Seite 31 st. Jarolenus l. Javolenus.
— 35 Zeile 10 v. o. st. brauchbar sey." Dieserselbe l. brauchbar sey"; — dieserselbe. —
— 39 Note 3 Z. 9 v. u. statt: das trügliche l. das Trügliche.
— 56 ist die Zahl der Abhandlung nicht richtig angegeben. st. II. l. III.
— 59 in der Note Z. 3 v. o. statt: statuismus l. statuimus; und st. arg. C. 53 l. arg. l. 53.
— 67 Z. 11 v. o. statt: der Betrogene, l. der Betrüger.
— 70 Z. 5 und 6 v. u. statt: interimistisches aber verocables Eigenthum, l. interimistisches, aber revocables Eigenthum.
— — Z. 3 v. u. st. das heißt, l. das heiße. —
— 72 Z. 13 v. u. st. angeben, l. ergeben. —
— 75 Z. 9. v. o. st. L. 5. C. D. l. L. 5. C. de.
— — Z. 19. v. o. st. L. 10. C. ead. l. L. 10 C. eod.
— 76 in der Note Z. 13 v. u. st. Verrichtung l. Vernichtung.
— 79 Z. 4 v. o. fehlt in der Ueberschrift nach dem Wort: Beyspiel, der Zusatz: von Betrug.
— 80 Z. 1 v. o. st. aber, l. eben.
— 97 Z. 16 v. o. fehlt nach den Worten: die ausdrückliche, das (,).
— 98 Z. 6 v. u. st. verbessern, l. verbessere.
— 101 in der Note 1 st. Poet. l. Voet.
— 106 Z. 1 v. u. st. sondern Schade l. sondern der Schade.
— 114 Z 3 v. u. st. ihn l. ihm.
— 115 Z. 7 v. u. st. Eigenthümer l. Eigenthum.
— 116 Z. 1 u. 2 v. o. st. dem Schiffer Satzschiffer, l. den Schiffer, Setzschiffer.
— 117 Z. 13 v. o. st. madatarii l. mandatarii.
— 119 Z. 5 v. o. fehlt nach den Worten: dazu enthalten, das Wort: gewesen.

Seite	123	in dem Titel der fünften Abhandlung Z. 10 v. o. st. und der, l. und den.
—	126	Z. 5 v. u. st. Mimmt, l. Nimmt.
—	128	Z. 4 v. o. statt: Andere unter ihnen, l. Andere, unter ihnen.
—	130	in der Note Z. 4 v. u st. ad tit. Z. l. ad tit. J.
—	141	Z. 12 v. o. st. Pontifix, l. Pontifex.
—	146	Z. 2 v. u. st. Verfassungsart, l. Verfahrungsart.
—	147	in der Note Z. 2 v. o. st. in dem, l. indem.
—	150	in der Note Z. 2 v. o. st. verfährt, l. verführt.
—	151	Z. 12 v. o. st. Hagenmeister, l. Hagemeister.
—	156	Z. 3 v. o. st. Geschied, l. Geschieht.
—	161	Z. 8 v. o. fehlt nach dem Wort: Entschädigung das (,).
—	164	Z. 5 v. u. st. Exceptiones, l. Exceptionis.
—	171	Z. 6 v. o. ist zwischen der Parantheſe und dem Wort: welche, ein — einzuschalten.
—	180	Z. 9 v. u. st. peremtorische, l. peremtorischen.
—	188	Z. 7 v. o. st. kann, l. dann.
—	196	in der Note 20 Z. 4 v. u. statt: euma l. eama.
—	202	Z. 2 v. u. st. berichtigen l. berichten.
—	206	Z. 10 v. u. ist das Wort: Oft zu tilgen.
—	211	Z. 14 v. o. st. könnten, l. konnten.
—	229	Z. 3 v. u. st. vielmehr, l. viel mehr.
—	243	Z. 12 v. u. ist zwischen den Worten: deshalb und auch einzuschalten: doch.
—	254	Z. 2 v. u. st. commune, l. communi.
—	253	Z. 6 v. o. ist nach dem Wort: Zweck st. (.) zu seꝛen: (;)
—	265	Z. 3 v. o. ist nach dem Wort: Vereinigung, einzuschalten: Gemeinschaft.
—	265	Z. 9 v. u. st. Einschlüsse, l. Einschüsse.
—	275	Z. 5 v. o. st. Sacietas l. Societas.
—	278	Z. 2 v. u. st. Wenigsten, l. Wenigstens.
—	279	Z. 2 v. u. st. Mila, l. Mela.
—	282	Z. 2 v. u. st. Solicetus, l. Salicetus.
—	304	Z. 12 v. u. st. erennbarer. l. erkennbarer.
—	306	Z. 1 v. o. st. Scavam, l. Scapham.
—	315	Z. 1 v. o. st. uno, l. nur.
—	322	in der Note 19 Z. 5 v. u. st. ap, l. an.
—	325	Z. 13 v. u. st. auch, l. auf.
—	325	Z. 10 v. u. fehlt nach dem Wort: nun, das (,).

Seite 329 Z. 14 v. u. st. proprius, l. propius.
— 329 Z. 8 v. u. st. Weide, l. Beide.
— 331 Z. 8 v. o. fehlen nach dem Wort: Verbindung, die Worte: mit dem Hause.
— 336 Z. 5 v. o. st. Sache, l. Sachen.
— 344 in der Note Z. 4. v. u. st. Cajus, l. Cujas.
— 355 Z. 7 v. o. st. dem, l. der.
— 358 Z. 9 v. o. st. verfertigten, l. verfertigtem.
— 363 Z. 1 v. u. st. Sprützen, l. Spritzen.
— 371 Z. 6 v. u. st. premissit, l. permisit.
— 375 Z. 4 v. o. st. Ortspolizeygesetzen, l. Orts-Polizeygesetzen.
— 389 Z. 8 v. u. st. Satt. l. Statt.
— 395 Z. 7 v. o. st. Prommittenten, l. Promittenten.
— 395 Z. 14 v. o. fehlt nach dem Wort: verspricht das (,).
— 402 in der Note Z. 4 v. u. st. selbst, l. setzt.
— 404 Z. 15 v. u. st. Versprechenbe, l. Versprechende.
— 411 Z. 9 v. u. st. das, l. daß.
— 412 Z. 8 v. o. st. Suldner, l. Schuldner.
— 413 Z. 10 v. u. st. Bewolmächtigte, l. Bevollmächtigte.
— 413 Z. 1 v. u. st. Lieferug, l. Lieferung.
— 416 Z. 1 v. u. st. Vinius, l. Vinnius.
— 420 Z. 8 v. o. st. facia, l. faciat.
— 420 Z. 4 v. u. st. Ditter, l. Dritter.
— 421 Z. 1 v. o. st. einer, l. eine.
— 430 Z. 6 v. u. st. bewirken, l. Bewirken.
— 436 Z. 11 v. u. st. vorauszufehen, l. vorauszusetzen.
— 437 Z. 6 v. o. st. hätte, l. hätten.
— 440 Z. 3 v. u. st. denjenigen, l. derjenigen.
— 447 Z. 3 v. u. st. verkennt, l. verkannt.
— 451 in der Note st. Cajus, l. Cujas.
— 459 Z. 2 v. o. st das, l. daß.
— 460 Z. 1 v. u. st. (.), l. (,).
— 464 Z. 1 v. u. st. Mertus, l. Mevius.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gesterding, Franz C.,

Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten

Greifswalde 1818
Jur.is. 53 m
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10740162-0